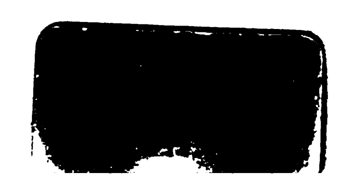

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 748 164


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV·ANG·
VE RI TAS



GERMANY

Zur

Geschichte der Cognitur

von

MORIZ WLASSAK,
Professor in Breslau.

BRESLAU 1893.
Verlag der Schletter'schen Buchhandlung (Franck & Weigert)
Inhaber A. Kurtze.

AUS DER

BRESLAUER FESTGABE

FÜR

RUDOLPH VON JHERING.

Mehr als ein Menschenalter ist verstrichen, seit uns Rudolph von Jhering das tiefere Verständniss des Formenwesens im Rechte erschlossen hat. Eine Fülle von Anregungen ist ausgegangen von der Epoche machenden Darlegung der „juristischen Technik“. Den grössten Gewinn aus diesen Forschungen hat wie billig die Wissenschaft des römischen Rechtes gezogen. Besonders folgenreich war die nachdrückliche Hinweisung auf den überlieferten Schatz von juristischen Formeln, den man vorlängst in leidliche Ordnung gebracht hatte, den aber Keiner recht zu nutzen verstand. Erst Jhering hat uns gelehrt, die römischen Rechtsformen als Kunstwerk zu würdigen, und gezeigt, dass sie den Stempel der Meisterschaft tragen; er hat uns veranlasst, mit scharfem Auge zuzusehen und die geringsten Nüancen sorgsam zu beachten; durch ihn sind wir aufmerksam geworden auf den „Parallelismus der Formen und der Begriffe“ und haben so gelernt, eine vernachlässigte Quelle gehörig auszubeuten.

Die folgenden Blätter enthalten den Versuch, auf dem von Jhering gewiesenen Weg eine kleine, noch wenig bearbeitete Frage der Lösung näher zu bringen. Die Aufgabe ist eng begrenzt; es handelt sich um die Deutung der Spruchformeln, die in Rom bei der Ernennung von Cognitoren üblich

waren. Als erwünschter Nebengewinn wäre es zu betrachten, wenn der eine oder andere Punkt aus dem klassischen Recht der Anwaltschaft im Privatprocess in hellere Beleuchtung träte.

I.

Der einzige genauere Bericht über die Bestellung der Cognitoren ist in den Gaianischen Institutionen IV. 83 erhalten:

Cognitor . . . certis uerbis in litem coram aduersario substituitur. nam actor ita cognitorem dat QUOD EGO A TE uerbi gratia FUNDUM PETO, IN EAM REM L. TITIUM TIBI COGNITOREM DO; aduersarius ita QUIA[1] *TU A MÊ FUNDUM PETIS, IN EAM ⟨REM⟩ TIBI P. MEUIUM COGNITOREM DO. potest ut actor ita dicat QUOD EGO TECUM AGERE UOLO, IN EAM REM COGNITOREM DO, aduersarius ita QUIA TU MECUM AGERE UIS, IN EAM REM COGNITOREM*

---

1) Die Siglen der Veroneser Handschrift an dieser Stelle wurden vor 1874 anders gelesen und gedeutet *(quando* od. *quandoque)* als jetzt. Studemund (Apogr. p. 220 Z. 12 u. 15) hat den obigen Text festgestellt. Wie aber erklärt es sich, dass beidemale der Kläger mit *quod*, der Beklagte mit *quia* beginnt? Jhering Geist Bd. III § 47[b] N. 861[c] (S. 623 der 4. A.) hat den Philologen diese Frage vorgelegt. Studemund-Krüger bemerken zu *quia*: expectes *quod*. Wirklich hat der Schreiber des 4. Gaiusbuches im § 137 (Apogr. p. 285 Z. 14) die Zeichen für *quia* und *quod* verwechselt. Doch ist die Annahme eines solchen Versehens für den § 83 sehr unwahrscheinlich. So bleibt Jherings Frage noch aufrecht. Vielleicht (vgl. aber Gai. II. 166) beruht der Wechsel des Ausdrucks darauf, dass im Spruch des Angegriffenen (sog. „Beklagten") Bezug genommen ist auf eine Mitteilung des Gegners, nicht auch im Spruche des Angreifers. Aehnliches nimmt wohl Huschke Ztschr. f. gesch. Rechtswissensch. Bd. XIII S. 305, 306 an; vgl. noch Karlowa Civilprocess z. Zeit der Legisactionen S. 357.

DO. nec interest praesens an absens cognitor detur; sed si absens datus fuerit, cognitor ita erit, si cognouerit et susceperit officium cognitoris.

Das eine Formelpaar weist eine viel engere und bestimmtere Fassung auf als das zweite. Hier *agere uolo, uis* und *cognitorem do,* dort *fundum peto, petis* und *L. Titium cognitorem tibi do.* Fast möchte man glauben, das erste sei ein ausgefülltes Formular, das zweite in Blanco gelassen. Indessen sagt ja Gaius deutlich das Gegenteil. Beide Formeln waren so oder ungefähr so, wie sie vorliegen, anwendbar, bald die eine bald die andere. Offenbar kommt es vor Allem darauf an, den Unterschied an der Wurzel zu greifen, den Punkt zu finden, von dem aus alle Einzelheiten zu erklären sind.

Nach einer Bemerkung von Huschke[2] glaubte Savigny davon ausgehen zu dürfen, dass *petere* und *agere* als Gegenstücke erscheinen. Der erste Spruch sei für Actiones in rem, der zweite für Actiones in personam bestimmt. Allein diese Erklärung genügt weder der eben erhobenen Forderung, noch ist sie im Uebrigen zutreffend. Wo steht es denn geschrieben, dass nur die Streitbefestigung oder, wie unsere Juristen sagen, das „Klagen“ mit Actio in rem ein *petere* sei? Es ist schwer begreiflich, wie die Irreführung durch die *formula petitoria* (Gai. IV. 91), durch Papinian Dig. 44, 7, 28 und ähnliche Aeusserungen[3] gelingen, wie der Irrtum sich behaupten konnte. Wer an die Edictsrubrik *si certum petetur* denkt, an das *plus petere,* an das *pactum de non petendo,* und dazu nur die Pandektentitel über die Condictionen *(repetere!)* flüchtig durchblättert, muss sofort gewahr werden, dass die Rechtssprache das *petere* mit Nichten zur Actio in rem in nähere Beziehung

---

[2]) A. a. O. Bd. XIII S. 306, der Savigny bekämpft; vgl. auch Eisele Cognitur u. Procuratur S. 29.

[3]) Vgl. Keller Civilprocess § 87 z. N. 1093 (S. 454—6. A.).

setzt als zur persönlichen. Mithin würden die beiden Cogniturformeln den von Savigny betonten Gegensatz in höchst mangelhafter Weise zum Ausdruck bringen. Damit aber schwindet der Schein, dass das *petere* hier, das *agere* dort unerlässliche Worte seien; beide gehören vielmehr — mit Jhering[4] zu sprechen — zu den individuellen, nicht zu den festen Bestandteilen der zwei Formelpaare. Ist also das *fundum peto* nur beispielshalber *(uerbi gratia)* von Gaius gewählt, so hat es geringeren Wert zu wissen, welches Rechtsmittel dem Juristen im Sinne lag. Doch ist m. E. auch hier gegen Savigny, Rudorff[5] und Bethmann-Hollweg[6] zu entscheiden. Stünde Rei vindicatio in Frage, so müsste der Spruch (nach Gai. IV. 45) etwa lauten: *quod fundum Cornelianum meum esse intendo* (oder *peto*), während das, die Causa verschweigende, blosse *fundum peto* anscheinend auf die Geltendmachung einer Forderung mittels Condictio geht. Man vergleiche nur Paul. Dig. 12, 1, 31, pr., wo es heisst:

Cum fundus uel homo per condictionem petitus esset, . . .

Unstreitig richtig ist das, was Keller[7] über die Cognitorenbestellung sagt: „ihre Formel laute speciell oder generell". Mehr oder minder wird dies wohl von den meisten Schriftstellern anerkannt. Liessen sich alle Eigenheiten unserer Formeln auf den von Keller angedeuteten Gesichtspunkt zu-

---

4) Geist Bd. II § 47 a, S. 585.

5) Röm. Rechtsgeschichte Bd. II S. 71.

6) Röm. Civilprocess Bd. II S. 418 N. 50, denen sich jetzt (1892) noch M. Voigt R. Rechtsgeschichte Bd. I S. 293, 294 anschliesst.

7) A. a. O. § 52 S. 266. C. Drewcke De cognitoribus et procuratoribus p. 6 (Halle 1857) stimmt Keller zu, bezieht aber den einen Spruch auf Processe mit Actio certa, den anderen auf Processe mit A. incerta.

rückführen, so dürften wir uns sofort zufrieden geben. Indess bleibt in der That ein beträchtlicher Rest übrig. Einmal sagt der Ansprecher: *fundum peto,* sein Gegner: *fundum petis*; das anderemal jener: *agere uolo*, dieser: *agere uis.* Augenscheinlich tritt hier ein Unterschied auf, der aus dem Gegensatz der speciellen und generellen Vollmacht nicht herzuleiten ist.

Eine Erklärung hat zuerst Huschke[8] versucht: in der Formel mit *peto* sei „von einer bereits anhängigen, in der zweiten von einer erst anzustellenden Klage die Rede". Wenn diese Deutung, die trotz Puchtas[9] und Kellers[10] Widerspruch Anhänger fand, die Sache nicht völlig erledigte, so war doch zweifellos der rechte Weg gezeigt. Dass aber die Untersuchung nicht ans letzte Ende gelangte, dafür ist mehr denn éin Grund anzuführen. Als wichtigstes Hinderniss muss die Unkenntniss der klassischen Streitbefestigung gelten, von der Kellers berühmte Monographie nur die Wirkungen übrig gelassen hatte, Wirkungen ohne Ursache.[11] Damit im Zusammenhang steht die Verwirrung stiftende Uebertragung moderner Begriffe ins altrömische Processrecht. Dieses kennt in Wahrheit keinen Act, welcher der heutigen einseitigen „Klagerhebung" entspräche, daher auch keine „anhängige" und „erst anzustellende Klage".[12] Ferner hat schon Huschke

---

8) A. a. O. Bd. XIII S. 307, 308 (1846); vgl. auch Huschke in Richters Krit. Jahrbüchern Jg. IV Bd. VII S. 492 (1840).

9) Institutionen Bd. I § 156 N. q. (S. 453—8. A.)

10) Civilprocess § 52 N. 615 (S. 266—6. A.). Für Huschke — zweifelnd — Fierich in Grünhuts Zeitschr. Bd. IX S. 612.

11) S. Keller Civilprocess § 59 (S. 297).

12) Die römische Litiscontestation ist ein Vertrag; das erste, unverbindliche *edere actionem* zwar einseitig (s. Wlassak Litiscontestation S. 59—69 u. 45, 51, 52), doch hinsichtlich der Rechtsfolgen nicht ent-

und jüngst wieder Eisele[13] dem aus Vorurteil entsprungenen, durch Nichts beglaubigten Gedanken Beifall geschenkt, dass der Cognitor bereits im Legisactionenprocess thätig war. Für diesen, angeblich auf das Geschwornenverfahren beschränkten Vertreter sei das von Gaius an erster Stelle mitgeteilte Formelpaar aufgekommen, das zweite sei erst nach Einführung des Processes *per concepta uerba* entworfen.

Ausnahmslos unterschätzt ist von den Neueren die Genauigkeit, mit der die Römer beim Aufsetzen ihrer Rechtsformeln zu Werke gingen. Die grösste Unempfindlichkeit mutet ihnen Eisele[14] zu, der aus Gai. l. c. *potest ut actor ita dicat,* schliessen will, dass „innerhalb des Formularprocesses" unsere Formeln „promiscue gebraucht wurden". Nicht ganz so weit geht Lenel[15] mit der Behauptung: man habe sich der Formel *quod. . . . peto* bedient, „so oft die Bestellung des Cognitor der materiellen Verhandlung *in iure* (ursprünglich also[16] der *legis actio*) unmittelbar vorausging, der Formel *quod . . . agere uolo* dann, wenn zwischen der Bestellung des Cognitor und dem wirklichen Beginn des Pro-

fernt mit der modernen Klagerhebung zu vergleichen. Wirklich Analoges findet sich erst im spätkaiserlichen Process. Vgl. übrigens O. Bülow im Arch. f. civ. Praxis Bd. 62 S. 11—27.

13) Cognitur S. 27—31, dazu Ztschr. f. Rechtsgesch. R. A. Bd. XVIII S. 200, 201.

14) Cognitur S. 29.

15) Zeitschrift f. Rechtsgeschichte, Rom. Abt. Bd. XVII S. 152, 153. Aehnlich M. Voigt a. a. O. Bd. I S. 293, 294, der unterscheidet: „vor" und „nach der *editio actionis*." Gemeint ist wohl das *edere* bei Ulp. Dig. 2, 13, 1, pr.

16) Dass „materielle Verhandlung (ich verstehe: V. zur Sache) *in iure* und „*legis actio*" verschiedene Dinge sind, zeigt Jhering Geist Bd. III § 47 a S. 585, 586, IV § 52 S. 89, 90 (4. A.); dazu meine Litiscontestation S. 83—85 u. Röm. Processgesetze Bd. II p. IX.

cesses ein kürzerer oder längerer Zwischenraum lag." Endlich der jüngste Schriftsteller M. Rümelin[17] hält es nicht für geboten anzunehmen, dass die Bestellung mit der einen Formel „vor", mit der anderen „nach der Litiscontestatio erfolgt" sei.

II.

Die Darlegung der eigenen Ansicht muss eingeleitet werden durch eine Untersuchung des Wertes der hier vorzüglich in Betracht kommenden Ausdrücke. *Peto* und *agere uolo* bieten die Formeln, wie sie Gaius überliefert. An diese Worte werden wir uns halten dürfen, obwohl es sicher erlaubt war, sie durch andere von gleicher Bedeutung zu ersetzen, z. B. durch *intendere, litigare* oder durch mehr specialisirende, die nur gewisse Actionen anzeigten, wie *condicere* und *uindicare*. Die weitaus gebräuchlichsten Ausdrücke waren ohne Zweifel die von unserem Gewährsmann gesetzten; ein Blick in die klassischen Schriften genügt, um diese Ueberzeugung zu begründen. Daher wird auch Gaius *agere-petere* gewählt haben, weil es am häufigsten vorkam, oder, was noch wahrscheinlicher ist, er nahm es ohne viel Besinnen herüber aus seiner Vorlage.

Was also bedeuten die zwei Worte, was ist ihr technischer Wert? Denn um diesen allein handelt es sich, wo ein Stück wohlüberlegter Juristensprache zu erläutern ist. In Ansehung des *agere* ist auszugehen von der alten Regel:

ne bis de eadem re sit actio

und von Gai. IV. 108:

---

[17]) Zur Geschichte der Stellvertretung im röm. Civilprocess (1886) S. 85, dazu S. 90 N. 1.

qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat.

Hiernach[1] ist die Streitbefestigung des alten Legalprocesses eine *actio;* hat sie stattgefunden, so kann und muss gesagt werden: *actum est,* mag auch das Verfahren vor dem Geschwornen erst in Aussicht stehen. Diese Ausdrucksweise erfuhr durch die Vertauschung der gesprochenen mit der geschriebenen Processformel nicht die geringste Änderung. Nach wie vor heisst es von der Partei, sobald die Lis contestirt ist: *egit, actum est.* Auf die Mitteilung von Belegen, deren es viele giebt, wäre zu verzichten, wenn nicht neuere Schriftsteller[2] eine andere Auslegung des *agere* (= „Gerichtsverhandlung" u. dgl.) verteidigt oder das hier Gesagte geradezu bestritten hätten. Mehrere ganz unzweideutige Stellen sind in meiner „Litiscontestation" S. 41 abgedruckt. Nur eine davon muss hier nochmal erscheinen.

Gai. IV. 98: . . . *de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non amplius actionem habet quam si ipse egerit.*

Weiter vergleiche man Cic. pro Caec. c. 3 § 8:

. . . *uidete, quam iniquum sit constituta iam re iudicem, quid agi potuerit, aut quid possit, non quid actum sit quaerere.*

Gallus Aelius bei Fest. p. 273: *Reus est qui cum altero litem contestatam habet, siue is egit siue cum eo actum est.*

Julian bei Ulp. Dig. 39, 3, 4, 1 *scribit, si post iudicium aquae pluuiae arcendae susceptum fundum alienauerit*

---

1) Vgl. Wlassak Litiscontestation S. 80.

2) Vgl. z. B. Bekker Ztschr. f. Rechtsgesch. Bd. IX S. 369, A. Pernice Ztschr. f. R. G. R. A. Bd. XVIII S. 49 Anm., Lotmar Krit. Vierteljahresschrift Bd. XXVI S. 678, 679, Jörs Röm. Rechtswissenschaft I S. 221 N. 2, Eisele Abhandlungen z. röm. Civilpr. S. 25, 26 (richtig S. 51—57).

is cum quo *actum esset* *de praeterito damno et de opere restituendo id statuere iudicem debere, . . .*

Pomp. Dig. 44, 2, 21, pr.: *Si, cum argentum mihi testamento legatum esset, egerim cum herede et postea codicillis prolatis uestem quoque mihi legatam esse appareat, non est deducta in superius iudicium*[3] *uestis causa, quia neque litigatores neque iudex de alio quam de argento actum intellegant.*

Gai. III. 180: *Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio*[4] *fuerit actum.*

Gai. IV. 107: *Si uero legitimo iudicio*[4] *in personam actum sit ea formula quae iuris ciuilis habet intentionem, postea ipso iure de eadem re agi non potest, . . .*

Paul. Dig. 12, 2, 30, 3:

In popularibus actionibus iusiurandum exactum ita demum aduersus alios proderit, si bona fide exactum fuerit: nam et si quis egerit, ita demum consumit publicam actionem, si non per collusionem actum sit.

Ulp. Dig. 13, 7, 9, 5: *Qui ante solutionem egit pigneraticia, licet non recte egit, tamen si offerat in iudicio pecuniam, debet rem pigneratam et quod sua interest consequi.*

Aus diesen und anderen[5] Äusserungen ist leicht zu ersehen, für welchen Vorgang die klassischen Juristen — zur Zeit des Verfahrens mit Schriftformeln — *agere* als Kunstwort gebrauchen. *Actum est*, das will sagen: der Process ist begründet, keineswegs: der Process ist zu Ende *(iudicium finitum est)*. Daher heisst es vom Ansprecher, der den Streit befestigt hat, in genauer Rede überall: *„egit“*. Durch die Gegenbemerkung, dass die Thätigkeit der Parteien vor dem

---

[3]) Vgl. meine Litiscontestation S. 21—23.

[4]) Vgl. meine Röm. Processgesetze Bd. II S. 29, 30, 37—51.

[5]) Weitere Belege bei Keller Litiscontest. S. 68 N. 9, Wlassak Litisc. S. 41 N. 3.

Judex auch ein „Agiren“ sei[6], wird meine Behauptung nicht erschüttert. Natürlich steht der Annahme einer zweiten, umfassenderen Bedeutung Nichts im Wege. Die abgedruckten Stellen aber dürften zur Genüge darthun, dass kein römischer Jurist sich der freieren Ausdrucksweise bedienen konnte, wo ein Missverstehen nicht von vornherein durch den Zusammenhang ausgeschlossen war.

Wir wissen jetzt, wie die „Action“, von der die Rede ist, zu Ende ging. Weiter fragt es sich, wie sie anhub? Fällt auch ihr Anfang zusammen mit dem Beginn der Streitbefestigung, so wäre *agere* nur ein anderer Name für *litem contestari*. In der That ist das Gleichheitszeichen zwischen diesen Worten wohlbegründet. Schon die obigen Texte führen zu diesem Ergebniss. Noch deutlicher sprechen die folgenden:

Paul. Dig. 12, 2, 17, 2: . . . *tutor qui tutelam gerit aut curator furiosi prodigiue . . . et alienare res et solui eis potest et agendo rem in iudicium deducunt.*[7]

Ferner African Dig. 17, 1, 37:

Hominem certum pro te dari fideiussi et solui: cum mandati agatur, aestimatio eius ad id potius tempus, quo solutus sit, non quo agatur, referri debet, et ideo etiamsi mortuus fuerit, nihilo minus utilis ea actio est. aliter in stipulatione seruatur: nam tunc id tempus spectatur quo agitur[8], *nisi forte . . .*

Marcian Dig. 46, 3, 47, pr. § 1:

In pupillo, cui sine tutoris auctoritate solutum est, si quaeratur, quo tempore sit locupletior, tempus quo agitur

---

6) Vgl. z. B. Gai. IV. 114, Dig. 10, 2, 1, 1, Paul. D. 19, 2, 43, Marcian D. 22, 3, 21.

7) S. oben S. 9 N. 3.

8) Vgl. Ulp. Dig. 13, 6, 3, 2: . . *litis contestatae tempus spectetur,* dazu Savigny System Bd. VI § 275.

inspicitur: et[9] *ut exceptio doli mali posita ei noceat, tempus quo agitur spectatur. Plane, ut Scaeuola aiebat, etiamsi perierit res ante litem contestatam, interdum quasi locupletior factus intellegitur, . . .*

Augenscheinlich kann das *tempus quo agitur* kein Zeitraum von grösserer Ausdehnung sein, daher unmöglich so lange währen, wie die Verhandlung vor dem Praetor, die sich gewöhnlich durch mehrere Termine hinzog. Uebrigens sagt es Scaevola ausdrücklich, was gemeint sei, und nicht weniger gewiss ist auch der Sinn der Phrase im Munde Africans (N. 8). Wenn ich hiernach das *tempus quo agitur* durch „Zeit der Streitbefestigung (= *t. iudicii accipiendi*) ausdrücke, so ist das gar nichts Neues. Freilich gewinnt diese Feststellung erhöhte Bedeutung, wenn die irrige und — genau genommen — von ihrem Urheber selbst für unhaltbar erkannte Gleichsetzung der Litiscontestatio und der „ganzen Verhandlung in Jure[10]“ verworfen wird. Nach meiner Ansicht ist nämlich die Streitbefestigung ein das Verfahren in Jure abschliessendes Formalgeschäft. Voraus geht ihr die Genehmigung (*datio*) der Streiturkunde durch den Praetor. Sie selbst besteht aus der förmlichen Hingabe und Annahme der Formel unter den Parteien. Dies also und nichts Anderes ist die *actio* im technischen

---

9) Lenel Paling. I p. 687 n. 1 nimmt hier eine Lücke an, während Mommsen *tempus* . . . *et* streichen will.

10) So Keller Litiscontestation S. 8—11, 53, 81, 107, dem es nicht entgehen konnte, dass hiedurch eine lange Reihe römischer Sätze (vgl. etwa die Citate bei Windscheid Pandekten Bd. I § 128 N. 4, Wlassak R. Processgesetze Bd. II p. XI, dazu Gai. IV. 114, Dig. 6, 1, 20 — 10, 4, 11, 1 u. 2 — 10, 4, 12, 4 — 12, 1, 31, pr. — 22, 1, 35, u. s. w.) unbegreiflich wird. (Treffende Bemerkungen bei Jhering Geist Bd. IV § 50 S. 24 — 4. A.) Daher erfand Keller noch eine zweite und dritte L. C.: Die praetorische „Formelerteilung“ und den „ideellen Endpunkt“; s. Wlassak Litiscont. S. 4—13.

Sinn. So lang diese Handlung nicht stattgefunden, ist noch nicht „agirt“. Daran ändert es nichts, wenn die Parteien schon ein oder mehrmal vor dem Praetor verhandelt, wenn sie Vadimonien oder andere Processcautionen[11] vereinbart haben. Immer ist die *actio* erst beabsichtigt, nicht vollzogen und auch nicht begonnen. Daher nennt Paulus D. 2, 11, 10, 2 und Ulpian D. 44, 2, 5[12] den Ansprecher, dem schon die Gestellungszusage gegeben ist: *iniuriarum acturus, mandati acturus,* und Letzterer den Empfänger der Cautio *iudicatum solui* wiederholt (D. 5, 1, 64, 1 — 46, 7, 13, 1[13]) *acturus.* Ulpian ist auch der Verfasser der bekannten l. 1 pr. D. de ed. (2, 13), die den Processlustigen, welcher die Formel vorläufig ediren soll, bezeichnet als einen, der *actione* (Ulp. *formula*?) *agere uolet,* dann als *acturus,* während der Schlusssatz den Zweck der Edition in folgender Weise schildert: *ut proinde sciat reus, utrum cedere an contendere ultra* („weiter“) *debeat, et si contendendum putat, ueniat instructus ad agendum* („zum Streitbefestigungstermin“) *cognita actione qua conueniatur.*

Fast Alles, was über Bedeutung und Verwendung von *agere* gesagt wurde, gilt auch für den zweiten, überaus häufig gesetzten Ausdruck, für *petere.*[14] Wer nur Gai. IV. 55 liest, wird geneigt sein, dem zuzustimmen. Im Anschluss an die Lehre vom *plus petere* bemerkt der Jurist:

Item palam est, si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum

---

[11]) Vgl. Paulus Dig. 46, 7, 8, Lenel Paling. I p. 1092.

[12]) Vgl. Kipp Litisdenuntiation S. 178, 179, Wlassak Litiscont. S. 40 N. 5, Lenel Paling. I p. 1148 nr. 1073, II. p. 856 nr. 1658; ferner Gai. IV. 186 (*agetur . . . fit* — so Studemund-Krüger ed. III).

[13]) Dazu Wlassak Litiscontestation S. 49, 50.

[14]) Irriges hierüber bei Eisele Cognitur S. 30—34; vgl. dagegen Lenel Ztschr. f. Rechtsgesch. R. A. Bd. XVII S. 152, Wach bei Keller Civilpr. N. 1093 (S. 455).

periclitari eumque ex integro agere posse, quia nihil ante uidetur egisse: ueluti si is qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit; aut si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, cui ex stipulatu debebatur; aut si cognitor aut procurator intenderit sibi dari oportere.

Gaius wechselt[15] mit dem Ausdruck; für denselben Begriff steht bald *intendere*, bald *agere*, bald *petere*. Ergiebt sich schon hieraus die Notwendigkeit, *petere* und *petitio* von der Streitbefestigung zu verstehen, so fehlt es auch nicht an Aussprüchen, die unmittelbar für diese Deutung Zeugniss ablegen. Aus vielen wähle ich nur diese:

Gai. III. 181: *Unde fit, ut si legitimo iudicio*[16] *debitum petiero, postea de eo ipso iure agere non possim, quia inutiliter intendo dari mihi oportere, quia litis contestatione dari oportere desiit.*

Paul. Dig. 2, 14, 27, 6: *nam ut solutione et petitione et acceptilatione unius rei tota obligatio solueretur, ita pacto quoque conuento de una re non petenda interposito totam obligationem summoueri.*

Paul. D. 6, 1, 6: (von der Wortfassung der Vadimonien handelnd[17]): . . . *quamuis et in uasis occurrat difficultas, utrum lancem dumtaxat dici oporteat an etiam, quadrata uel rutunda, uel pura an caelata si(n)t, quae ipsa in petitionibus quoque adicere difficile est. nec ita coartanda res est: licet in petendo homine nomen eius dici debeat et utrum puer an adulescens sit, . . .*

---

[15]) Noch éin Beispiel: Paul. Dig. 2, 14, 27, 7: *Sed si generaliter mihi hominem debeas et paciscar, ne Stichum petam: Stichum quidem petendo (petenti?* vgl. Paul. D. 46, 3, 50) *pacti exceptio mihi opponetur, alium autem hominem si petam, recte agam.*

[16]) S. oben S. 9 N. 4.

[17]) S. Rudorff Zeitschrift f. R. G. Bd. IV S. 64 N. 109, Lenel Edictum S. 66.

Ulp. D. 46, 3, 57, 1: *Item si mihi aut Titio stipulatus fuero dari, deinde petam, amplius Titio solui non potest, quamuis ante litem contestatam posset.*[18]

Wie das *tempus quo agitur,* so bezeichnet auch das *tempus quo petitur* den Zeitpunkt der Processbegründung bei Gai. D. 22, 1, 19, 1:

Iter quoque et actus si petitus sit, uix est ut fructus ulli possint aestimari, nisi si quis commodum in fructibus numeraret, quod habiturus esset petitor, si statim eo tempore quo petisset ire agere non prohiberetur ....

Papinian D. 22, 1, 2: *Uulgo receptum est, ut quamuis in personam actum sit, post litem tamen contestatam causa praestetur: cuius opinionis ratio redditur, quoniam quale est, cum petitur, tale dari debet ac propterea postea captos fructus partumque editum restitui oportet.*

Paul. D. 44, 1, 4: *In pupillo, cui soluta est debita pecunia sine tutoris auctoritate, si quaeratur, an doli exceptione summoueri debeat, illud tempus inspicitur, an pecuniam uel ex ea aliquid habeat, quo petit.*

Paul. D. 22, 1, 10: *Partum post litem contestatam editum restituere possessor debet: quem non deberet restituere, si, cum mater peteretur, iam natus fuisset, ...*

Besonders wichtig ist es, hier wieder festzustellen, dass einerseits die Vorbereitung des Processes bis zur Streitbefestigung noch kein *petere* im technischen Sinn, andrerseits die *petitio* abgeschlossen ist, sobald die Parteien Lis contestirt haben. Ersteres hebt Paulus, Labeo folgend, in l. 15 D. r. r. (46, 8) mit grossem Nachdruck hervor. Unter dem *petere,* wie es die Cautio *amplius non peti* vorsieht, sei das *iudicio*[19]

---

[18]) Vgl. ferner die in meinen R. Processgesetzen Bd. II S. 33 N. 16 angeführten Stellen.

[19]) S. oben S. 9 N. 4.

petere zu verstehen. Davon aber könne nicht die Rede sein vor dem wirklichen Beginn des Processes *(iudicium coeptum*[20]*)*, d. h. vor der Streitbefestigung. Habe der Ansprecher den Gegner ins Jus vocirt und Vadimonium[21] empfangen, so dürfe man von ihm nur sagen: *petere uult*, nicht: *petit.* Demgemäss spricht Paulus in l. 6 in f. D. r. v. (6, 1) vom *fundum petiturus*[22], und belehrt uns Ulpian in l. 16 § 3 D. de bon. lib. (38, 2), dass das grossjährige Patronskind nach dem Edict[23], welches den[24] ausschliesst, *qui libertum paternum in seruitutem petierit*, sein Recht auf die *bonorum possessio c. t. liberti* nicht verloren habe, wenn es *ante litis contestationem destitit;* denn:

petisse in seruitutem non uidetur.

Das Zweite, den Abschluss der *petitio* mit der Annahme der Processformel, bekunden u. A. Julian-Sabinus Dig. 12, 1, 22:

Uinum, quod mutuum datum erat, per iudicem[25] *petitum*

---

[20]) Vgl. Wlassak Litiscontestation S. 56 N. 3, R. Processgesetze Bd. II S. 32—34, auch die Uebersetzung der l. 15 D. cit. in den Bas. 9, 11, 15.

[21]) S. Wlassak Litiscont. S. 42, Lenel Paling. I p. 1168 N. 2.

[22]) S. oben S. 13 N. 17.

[23]) Vgl. Ulp. l. 14 pr. D. de b. l. (38, 2), Rudorff Edictum § 156, Lenel Edictum § 153.

[24]) Genaueres bei A. Schmidt Pflichtteilsrecht des Patronus S. 45, 46, Leist-Glück Ser. d. Pandektenb. 37, 38 IV. S. 511, 512.

[25]) Diese Worte haben nicht die Bedeutung von *apud iudicem*; vielmehr steht *per iudicem petere* dem *iudicio petere* (oben S. 9, N. 4) gleich. Allerdings hebt die von Julian gebrauchte Phrase blos das éine Hauptstück der Processformel und der Streitbefestigung (das „*T. iudex esto*", die Richterbestellung) hervor. Nahe verwandt ist *iudicium accipere sub uno iudice;* s. meine Röm. Processges. Bd. II S. 79—83, 285, 286. Wegen der Richterbestellung, die im Schriftformelverfahren mit der Streitbefestigung zusammenfällt, vgl. R. Processg. Bd. II S. 39 N. 30, S. 197 N. 18.

est: quaesitum est, cuius temporis aestimatio fieret, utrum cum datum esset an cum litem contestatus fuisset an cum res iudicaretur. Sabinus respondit, si dictum esset quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset, (si dictum non esset, quanti tunc fuisset,) cum petitum esset. interrogaui, cuius loci pretium sequi oporteat. respondit, si conuenisset ut certo loco redderetur, quanti eo loco esset, si dictum non esset, quanti ubi esset petitum.

Gaius in seinen Inst. III. 181, in den Dig. 22, 1, 19, 1 (S. 14) und 13, 3, 4: *Si merx aliqua, quae certo die dari debebat, petita sit, . . . tanti litem aestimandam Cassius ait, quanti fuisset eo die, quo dari debuit: si de die nihil conuenit, quanti tunc cum iudicium acciperetur. idemque iuris in loco esse, ut primum aestimatio sumatur eius loci, quo dari debuit, si de loco nihil conuenit, is locus spectetur, quo peteretur. . . .*

Paul. D. 12, 1, 31, pr.: *Cum fundus uel homo per condictionem petitus esset, puto hoc nos iure uti, ut post iudicium acceptum causa omnis restituenda sit, id est omne, quod habiturus esset actor, si litis contestandae tempore solutus fuisset.*

Ulp. D. 13, 3, 3, zur *condictio triticaria: In hac actione si quaeratur, res quae petita est cuius temporis aestimationem recipiat, . . .*

Ulp. D. 46, 3, 57, pr.: *Si quis stipulatus fuerit 'decem in melle', solui quidem mel potest, antequam ex stipulatu agatur: sed si semel actum sit et*[26] *petita decem fuerint, amplius mel solui non potest.*

Um aus den hier und auf Seite 12—15 vorgeführten Stellen den klassischen Begriff der *petitio* abzuleiten, um insbesondere die Grenze zu finden, wo das *petere* aufhört, braucht der

---

[26]) Damit will Ulpian nichts Neues vorbringen. Wenn er zur *actio* die auf *decem* gerichtete *petitio* hinzufügt, so soll der erste Ausdruck nur genauer durch den zweiten bestimmt werden.

Leser nur die Zeitformen[27] zu beachten, in denen das Verbum erscheint. Ueberall handelt es sich um Fragen, die nach der Litiscontestatio, doch vor der Urteilsfällung auftauchen. So wenig es zweifelhaft ist, dass der Kläger seine Rechtsverfolgung im Schwurgerichte fortsetzt, so sicher gehört doch diese Thätigkeit nach der Sprache der Juristen nicht mehr zum *petere.* Die *petitio* ist vorher bereits erledigt; sie ist eben durchaus nichts Anderes als die Streitbefestigung, diese aber nichts Dauerndes, sondern das Werk eines Augenblicks, kaum begonnen, schon vollendet.

III.

In der vorstehenden Darlegung, in der Alles den Quellen, Nichts dem Schreiber dieser Zeilen gehört, und die doch unvermeidlich war, ist die Erklärung der zwei Formelpaare bei Gai. IV. 83 mit enthalten. Nichts wesentlich Neues ergiebt sich hinsichtlich der Cognitorenbestellung, die mit den Worten *quod agere uolo, quia agere ... uis* erfolgte. Hatte Huschke[1] von diesen Formeln behauptet, dass sie Anwendung fanden, „wenn man noch nicht vor dem Praetor erschienen war, sondern der Cognitor auch schon in Jure für den Principal auftreten sollte", so braucht man blos das Erstere wegzustreichen, um ungefähr das Richtige zu erhalten. Offenbar kommt es darauf nicht an, ob und wie viel der Vollmachtgeber[2] in Jure

[27]) In l. 22 D. cit. (12, 1) mag das *petitum est* am Anfang mehrfache Deutung zulassen; von dem zweimaligen *petitum esset* am Schlusse gilt dies nicht; eben so wenig von den übrigen Stellen.

[1]) S. oben S. 5 N. 8.

[2]) Ist auch der *iussus* ursprünglich (s. Pernice Labeo Bd. I S. 504—514, Mandry Familiengüterrecht Bd. II 554—573) und selbst so,

oder aussergerichtlich mit dem Gegner selbst verhandelt hat. Mochte die Sache bis zur Streitbefestigung gefördert oder noch weit entfernt sein von diesem Ziel, in beiden Fällen war doch nur die Formel: *quod agere uolo* anwendbar, wenn die Ernennung des Vertreters dem Abschluss des Processvertrags voraufging. *Agere* deutet eben auf keinen anderen Act hin, als auf die förmliche Litiscontestatio. Da diese an die praetorische Gerichtsstätte gebunden war, so tritt der Cognitor, der hier in Frage steht, notwendig in Jure auf: spätestens bei der Streitbefestigung, vielleicht schon in einem früheren Abschnitt des Verfahrens, mithin jedenfalls als Actor, häufig auch als Postulant.[3]

Viel schwieriger ist es, genau zu sagen, wie weit die Vorbereitung des Processes gediehen sein muss, damit ein Cognitor bestellt werden könne. Die Formel in der bei Gaius aufbehaltenen Fassung legt den Gedanken sehr nahe, von diesem Erforderniss durchaus abzusehen. Oder sollten die Sprüche von unserem Autor unvollständig überliefert sein? Gewiss ist so viel richtig, dass Gaius oder erst die Veroneser

---

wie ihn die Pandekten regeln, nicht geradezu unsere Vollmacht, so weist er doch häufig alle wesentlichen Merkmale der letzteren auf. Zumal beim Cognitor in rem domini, dessen Berechtigung und Verpflichtung durch die L. C. nur „formell" ist (s. Wach bei Keller Civilpr. § 61 N. 716ᵃ), hat es m. E. keinen Sinn, den Ausdruck „Vollmacht" zu vermeiden; anders Eisele Cognitur S. 129 N. 81, S. 136. Vgl noch Mandry a. a. O. S. 571—573, M. Rümelin Stellvertretung S. 109, 110.

[3]) Worin das *postulare* besteht, zeigt Ulp. Dig. 3, 1, 1, 2 u. 3; wegen des *agere* s. oben S. 7—12. Kellers Lehre von der Litiscontestation hat auch hier die klare Einsicht (vgl. z. B. Savigny System Bd. II S. 215, Karlowa Ztschr. f. Rechtsgesch Bd. IX S. 221, Lenel Edictum S. 75 N. 5, Padelletti-Cogliolio Storia del dir. rom. p. 585 — ed. II, Hruza a. a. O. S. 5, 19—21 u. A.) unmöglich gemacht. Ist es der Praetor, der durch Uebergabe der Formel die Lis contestirt, so be-

Handschrift éin unentbehrliches Wort unterschlägt.[4] Allein dieses Wort: der Name des Cognitors, scheint so selbstverständlich, dass die Weglassung im Hinblick auf den *L. Titius* und *P. Meuius* der voranstehenden Formeln begreiflich ist und nichts zu bedeuten hat. Dagegen wäre Gaius dem Vorwurf schwerer Nachlässigkeit ausgesetzt, wenn er sonst noch wesentliche Stücke unterdrückt hätte. Einstweilen nehme ich das nicht an; vielmehr finde ich selbst darin Absicht der alten Formularjuristen, dass es im ersten Formelpaar heisst: *tibi cognitorem do,* im zweiten blos *cognitorem do.* Während die Bestellung dort — bei stricter Auslegung — nur für die Person des *aduersarius* Geltung hatte, mochte hier der Cognitor bevollmächtigt sein wie dem Gegner, so auch einem allenfalls später ernannten Vertreter gegenüber. Ist aber die Ueberlieferung zuverlässig, so scheint es statthaft gewesen zu sein, einen Anwalt *ad litem futuram* zu ernennen, sobald nur die Möglichkeit eines Streits in Sicht gekommen war. Demnach läge in dem Spruche: *quod ego tecum agere uolo* etc. die Erteilung einer ganz allgemeinen Vollmacht zum Agiren mit einer bestimmten Person oder mit deren Vertreter.

So sehr sich diese Aufstellung durch Klarheit empfiehlt, so stehen ihr doch erhebliche Bedenken entgegen, vor Allem

---

steht das ganze Verfahren in Jure — von den Cautionen abgesehen — im Postuliren (Anträge stellen und abwehren). Darnach wären z. B. Personen unter 17 Jahren nach dem Ed. Dig. 3, 1, 1, 3 processunfähig, während doch die Quellen oft genug selbst Unmündige in eigener Person (mit dem Vollwort des Tutors) die Streitbefestigung vollziehen lassen. Auf das Vadimonium (also Vorbereitung des Verfahrens) der Vertreter wird mit Recht Paul. D. 50, 17, 110, 1 bezogen von Rudorff Edictum § 21 N. 2 und Lenel Edictum S. 66 N. 2; vgl auch Cic. p. Rosc. com. c. 13 § 38.

[4]) S. Karlowa Legisactionen S. 359 N. 2.

eine Entscheidung des Paulus in Betreff der Vollmacht eines *actor municipum*. Von einer solchen handelt der Jurist in den Dig. 3, 4, 6, 1:

. . . *si ita decreuerint (*scil. *decuriones), ut quaecumque incidisset controuersia, eius petendae* (Mommsen: *eis, petendi) negotium Titius haberet, ipso iure id decretum nullius momenti esse, quia non possit uideri de ea re, quae adhuc in controuersia non sit, decreto datam persecutionem.*

Den inneren Wert der von Paulus[5] gegebenen Begründung möchte ich keineswegs hoch anschlagen; für uns aber kommt die Stelle in Betracht, weil sie wohl ähnlich lauten müsste, wenn sie vom Cognitor spräche statt vom *actor municipum,* und weil es zu gewagt wäre, in der Entscheidung eine Sonderansicht des Verfassers zu finden, die anderen Juristen missfallen hätte. In der That ist es auch nicht notwendig, Gai. IV. 83 so auszulegen, dass sich ein Widerspruch mit l. 6 D. cit. ergiebt. Setzt man eine erste Verhandlung voraus, der sich die Bestellung des Cognitors noch in Jure anschliesst, so erhalten die Worte: *quod ego tecum agere uolo* sofort beschränkteren Sinn durch die Beziehung auf den bereits ausgebrochenen Zwist. Willkürlich aber wird man diese Unterstellung nicht schelten dürfen; denn Gaius nennt die Vollmachtgeber *actor*[6] und *aduersarius,* gebraucht also Bezeichnungen, die auf „*ea res*“, auf eine schon vorhandene *controuersia* (Paul. l. 6 § 1 D. cit.[7] — nicht: *lis)* hinweisen.

---

5) Vgl. Jhering Der Besitzwille S. 269—300.

6) *Actor* ist hier der, *qui causam agit* (s. Ulp. Dig. 2, 4, 2), während *actor* im engeren Sinne nur der Ansprecher ist, der die Lis contestirt oder contestirt hat (so regelmässig Gai. Inst.).

7) Dazu hauptsächlich Ulp. D. 5, 3, 25, 7, ferner O. Bülow De praeiudicialibus exceptionibus p. 24 n. 57.

Uebrigens war es den Parteien gewiss nicht verwehrt, in die Formel mit *uolo, uis* mehr oder minder genaue Bestimmungen einzufügen. Bekanntlich bezeugt ja Ulpian (Vat. Fr. 318) ausdrücklich die Zulässigkeit von Zusätzen, und er wie African[8] geben uns auch Beispiele. Dieser gedenkt in l. 78 § 1 D. de proc. (3, 3) eines Cognitors[9] *ad duas res petendas datus,* jener in l. 15 § 1 eod. eines eben solchen Vertreters *ad communi diuidundo iudicium*[10] *datus.* Was wir bei Gaius lesen, ist wohl ein Spruch, der gar nicht unbestimmter lauten konnte, sollte er nicht unstatthaft werden, und der andererseits das feste Gerippe darstellt, welches die Parteien in mannigfacher Weise ausfüllen konnten. Unergänzt dürfte das *agere uolo* kaum anderswo als in Jure nach der ersten Formeledition (Ulp. D. 2, 13, 1, pr.) zulässig gewesen sein. Ohnehin mochten die meisten Ernennungen von Cognitoren vor dem Praetor stattfinden[11] und zur Erinnerung für diesen in den Akten der betreffenden Sache verzeichnet werden. Für die weitere Behauptung, dass überhaupt jede *cognitoris datio* an die Gerichtsstätte gebunden war, fehlt es meines Erachtens an zureichenden Gründen[12].

Zuletzt ist noch éin Punkt zu erörtern, der anscheinend der Aufklärung bedarf: das *ego agere (petere) uolo* im Munde

---

8) Vgl. noch Paul. D. 3, 3, 42, pr. §§ 1, 4, 5, Lenel Pal. I p. 977, 978, und wegen Ulp. D. 3, 3, 56 unten S. 23 N. 15.

9) S. Eisele Cognitur S. 217, 218.

10) Dass Ulp. einen zur Vornahme der Litiscontestatio bestellten Cognitor im Auge hat, zeigen die folgenden Worte: *ad agendum item et ad defendendum uidebitur datus,* und sehr deutlich das pr. der Stelle. Vgl. im Uebrigen Keller Litiscontestation S. 325, 326 N. 4.

11) Vgl. zu Gai. IV. 124 O. Bülow Processeinreden S. 38 N. 16, Wach zu Keller Civilpr. § 52 N. 614.

12) Wegen der Interpr. zum C. Theod. 2, 12, 7 s. unten S. 31 z. N. 15.

einer Person, die nach der oben (S. 18) vertretenen Ansicht den Streit gar nicht selbst befestigen, nicht selbst „agiren" oder „petiren" will. Welche Bewandtniss es damit hat, ersehen wir leicht aus einer Phrase, die gleiche Aufmerksamkeit verdient hätte, wie das neuerdings sorgfältig geprüfte[13] *alieno nomine* und *pro alio agere.* Während sich diese Wendungen auf die Thätigkeit der Cognitoren, Procuratoren und anderer Anwälte beziehen, wird auch vom Principal gesagt: *agit,* u. z. *per alium agit.* Mit besonderer Vorliebe gebraucht Gaius die letztere Phrase, allerdings nur dort (Inst. IV. 97, 98, 124), wo ein Cognitor den Process begründet. Dass dieselbe Ausdrucksweise schon zur Zeit Ciceros bekannt war, zeigt c. 18 § 53 der o. pro Rosc. com., wo dem Cognitor der Kläger gegenübersteht, *qui per se litigat* und — was dasselbe ist — *qui per se litem contestatur.* Das *agere* durch *(per)* Procuratoren findet sich bei Cic. ad. Att. IV. 16 § 15 und im Text eines praetorischen Edictes (Vat. Fr. 322, 323), welches nicht unterscheidet zwischen dem „Agiren" in der Rolle des Klägers und des Beklagten[14]. Letzteres ist besonders hervorzuheben, weil zwar die Thätigkeit des Defensors wie des Cognitors, nicht aber die des Procurators auf der Klägerseite unmittelbare Wirkung für den Vertretenen hatte. Daher kann es nicht völlig genügen, wenn man sagen wollte: die Consumptionswirkung der „Action" sei mit aufgenommen in den Begriff des *agere,* und daraus erkläre es sich, dass dem Geschäftsherrn das „Agiren" seines Vertreters als eigenes zugerechnet wird. In der That ist die Rechtssprache noch weiter gegangen, da sie selbst die Handlung eines Pro-

---

[13]) Von Rümelin Z. Geschichte der Stellvertretung S. 11—17, Hruza Ueber das lege agere pro tutela S. 15—21.

[14]) Vgl. Ulp. Dig. 5, 1, 63: *Recte defendi hoc est iudicium accipere uel per se uel per alium.*

curators auf den Principal überträgt, welche für diesen weder einen Rechtsverlust noch die Befreiung von einer Haftung zur Folge hatte. Für unseren Zweck dürften diese kurzen Bemerkungen hinreichen. Wir wissen jetzt, dass es dem römischen Sprachgebrauch keineswegs zuwiderläuft, wenn der Vollmachtgeber bei der Cognitorenbestellung sagt: *quod ego tecum agere uolo,* obgleich er nicht selbst zu handeln gedenkt, sondern ein Anderer für ihn den Processvertrag schliessen soll. Wir haben es eben zu thun mit der Ankündigung einer zwar eigenen, doch nur mittelbaren Action, mit der Ankündigung des *agere uelle per cognitorem.*

Es bleibt noch übrig, mit ein paar Worten unser Urteil über die Formeln: *quod agere uolo, uis* zusammenzufassen. Keller hat sie „generell“ genannt und damit zwar nicht das Wesentliche getroffen, doch etwas Richtiges ausgesagt. „Generell“ sind die beiden Formeln selbst unter der Voraussetzung, dass es unmöglich war, dem Titius Vollmacht zu geben für alle Streitigkeiten mit Numerius, deren Ausbruch zur Zeit nur befürchtet wird. Ein Zwist musste anscheinend schon vorliegen in dem Augenblick, wo die Cognitur bestellt wurde. Nun darf man aber „Streit“ im gewöhnlichen Sinn und „Process“ nicht gleich setzen. Ein Zwist, der vor Gericht auszufechten ist, kann zur Begründung eines Processes, d. h. einer Processobligation mit dieser oder jener Klagformel, zur Begründung éiner, vielleicht auch mehrerer[15] Obligationen

[15]) Man lese Pomp. D. 3, 3, 62, der allerdings vom Procurator handelt: *Ad legatum petendum procurator datus si interdicto utatur aduersus heredem de tabulis exhibendis, procuratoria exceptio, quasi non et hoc esset ei mandatum, non obstat,* auch Ulp. D. 3, 3, 56 (vgl. übrigens Demelius Exhibitionspflicht § 16), wo der ursprüngliche Text (ob *procurator* oder *cognitor*) nicht erkennbar ist. Wer das oben Dargelegte billigt, wird die Exceptio *cognitoria* Mangels Vollmacht nicht

(iudicia) führen[16]. War der Spruch so, wie ihn Gaius giebt, nur in Jure nach der ersten *editio actionis* verwendbar, so bezog sich die Vollmacht zwar nur auf das Ausfechten dieser *controuersia,* keineswegs aber blos auf die Streitbegründung genau mit der edirten Formel; vielmehr konnte diese mannigfache Aenderungen erfahren[17], ohne dass die Vollmacht unzureichend wurde. Nicht anders stand es, wenn der Principal eine Bezeichnung der *controuersia* oder des künftigen Processes in den Vollmachtsspruch aufnahm. Ohne Zweifel war es seinem Belieben anheimgegeben, dem Vertreter grösseren oder kleineren Spielraum einzuräumen[18]. Ist aber das Gesagte richtig, so wird es jetzt nicht schwer fallen, alle Abweichungen des zweiten von Gaius mitgeteilten Formelpaars von dem ersten aus dem Gegensatz des *agere (petere) uolo* und *peto (ago)* abzuleiten. Wurde der Cognitor vor der Streitbefestigung gegeben, d. h. also, ehe das Processprogramm endgültig feststand, oder gar zu einer Zeit, wo noch kein Entwurf vorlag, so war es geboten oder doch zweckmässig, die Vollmacht weiter zu fassen, weil der Anwalt sonst Gefahr lief, bei jeder unvermuteten Wendung zurücktreten oder um Ergänzung seiner Vollmacht ersuchen zu müssen, was allen Beteiligten Nachteil gebracht hätte.

---

anzweifeln; s. O. Bülow Processeinreden S. 38, 39, Eisele Cogn. S. 215 bis 218, Lenel Edictum S. 401.

16) S. Wlassak R. Processgesetze II S. X, S. 35 N. 20, S. 77, 280, 357, 364.

17) Vgl. Sev.-Ant. Cod. J. 2, 1, 3, dazu meine Litiscontestation S. 45, 52.

18) Daher ist es zum Mindesten ungenau, wenn Manche: Puchta Instit. Bd. I § 156 z. N. q (S. 453), Rudorff Rechtsgeschichte Bd. II S. 71, Eisele Cognitur S. 61 allgemein sagen, der Cognitor sei ernannt „für diesen Rechtsstreit", „für einen speciellen Process."

IV.

Einen Cognitor, der zur Streitbefestigung *(ad iudicium)*[1] vor dem Praetor erscheint oder auch früher an der Vorbereitung des Processes teilnimmt, setzen die klassischen Juristen in aller Regel voraus. Ohne Zweifel war diese Art der Cognitur zu ihrer Zeit und vermutlich bereits gegen das Ende der Republik die weitaus vorherrschende. Dennoch war sie m. E. nicht die ursprüngliche und gewiss nicht die einzige. Unmittelbar erwiesen wird dies durch das erste Formelpaar bei Gaius und bestätigt durch einige Äusserungen, die anspielen auf die Zweiteilung der Cognitur.

Haben wir im Vorigen einen Vertreter kennen gelernt, welcher statt des Geschäftsherrn die Lis contestirte, der, mit anderen Worten, den Act setzte, womit der Process begann[2], so kann ein von ihm wesentlich unterschiedener Cognitor nicht wohl anders gedacht werden, als mit der Aufgabe, den vom Principal selbst schon begründeten Process fortzusetzen. Nun soll aber nach Gai. IV. 86 der Vertreter in der Condemnatio der Klagformel genannt sein. Nach der Streitbefestigung ist anerkannter Massen eine Aenderung des Formeltextes nicht mehr zulässig, ausser im Weg der Translation. Mithin musste die Processurkunde den Namen des Cognitors schon zu der Zeit enthalten, wo sie vom Praetor genehmigt und zwischen den Parteien förmlich angenommen wurde. Daraus folgt wieder, dass der Cognitor *coram aduersario* keinesfalls später als im Augenblick der Litiscontestatio bestellt sein kann. Andererseits soll er nicht mit den Worten *quod agere uolo,* also nicht vor der Processbegründung gegeben sein. Unser Ergebniss wäre demnach: die Not-

---

[1]) S. Wlassak Röm. Processgesetze Bd. II S. 42—47.

[2]) Belege in meiner Litiscontestation S. 56 N. 3.

wendigkeit der Bestellung im Zeitpunkt der Streitbefestigung selbst.

Vergleicht man nun die Worte, welche Gaius an erster Stelle dem Ansprecher und dessen Gegner in den Mund legt, so empfängt das hier[3] zunächst hypothetisch Dargelegte die denkbar stärkste Beglaubigung durch ein Zeugniss, welches ebenso unzweideutig wie unanfechtbar ist.

Quod ego a te fundum peto, . . .

Quia tu a me fundum petis, in eam rem L. Titium tibi cognitorem do,

so können die Parteien augenscheinlich nur während des Actes der Streitbefestigung, daher auch nur auf der Gerichtsstätte vor dem Praetor gesprochen haben. Steht doch überall das Praesens, womit die Gleichzeitigkeit des *petere* und des *cognitorem dare* ausgedrückt ist. Wäre die Streitbefestigung, d. h. das *petere* schon vollendet in dem Augenblick, wo der Cognitor gegeben wird, so hätte der Spruch, auch wenn er sofort nachfolgte, lauten müssen:

Quod ego a te fundum petiui, . . . Quia tu a me fundum petisti, in eam rem . . . cognitorem do

während im Fall der Umkehrung der Reihenfolge nur die zweite von Gaius mitgeteilte Formel (*Quod . . . petere uolo . . . Quia . . . petere uis . . . cognitorem do*) als Muster dienen konnte, selbst dann, wenn sich die beiden Handlungen unmittelbar aneinander schlossen.

Dieser Punkt wird hier absichtlich betont, weil es gilt, die wiederholt verteidigte Ansicht[4] zurückzuweisen, dass der Spruch: *quod fundum peto* aus dem Verfahren mit Legis-

[3]) Angedeutet ist es in meinen Processgesetzen Bd. II S. 33 N. 16, S. 49 N. 61.

[4]) S. oben S. 5 N. 8, S. 6 N. 13.

actionen herstamme. Es liegt auf der Hand, worauf sich die eben geäusserte Ablehnung gründet. Die Gleichzeitigkeit der mündlichen Vollmachtserteilung und der Streitbefestigung war eben im alten Legalverfahren eine bare Unmöglichkeit. Natürlich hätten die Parteien nur das Eine nach dem Anderen aussprechen, also die Litiscontestatio nur als zukünftig oder vollendet hinstellen können, nie als etwas Gegenwärtiges. Letzteres ist anders gar nicht denkbar, als bei einer Gestaltung des Processvertrages, die Raum lässt für einen begleitenden, nicht zum Acte selbst gehörigen Spruch. Diese Voraussetzung trifft wirklich zu bei der gewöhnlichen[5] Form der praetorischen und Aebutisch-Julischen Streitbefestigung. Hier stand Nichts im Weg, die beiden Geschäfte im selben Augenblick zu vollziehen; zur Hingabe wie zur Annahme der Processformel konnte sich der Spruch gesellen, der die Vollmacht erteilte. Uebrigens werden wir nach dem oben Bemerkten noch weiter gehen und sagen dürfen, dass die Gleichzeitigkeit der beiden Acte durch die Lage der Dinge geradezu geboten war. Lautete nämlich die Condemnatio der Streiturkunde auf einen anderen Namen, als auf den eigenen des Litiganten, und war das Subject der Condemnatio in keiner Weise als Cognitor bezeichnet (s. Gai. IV. 86: *L. Titio),* so musste der Dritte spätestens im Zeitpunkt der Litiscontestatio zur Processführung ermächtigt werden, damit sich der Widerspruch auflöse, den das Hauptgeschäft darwies. Ich meine also: die Rede des Klägers (ebenso des Beklagten), der die Uebergabe der Urkunde mit den Worten begleitet: *quod peto . . . L. Titium cognitorem do* stellt sich dar als etwas sehr Natürliches, was man nach der Sachlage ohne Weiteres erwarten musste.

---

[5]) Vgl. meine Litiscontestation S. 33, 53, 59.

In dem Cognitor, dessen Bestellung gleichzeitig mit der Litiscontestatio erfolgt, dürfte der schon von Anderen gesuchte Processführer, der blos vor dem Geschworenen verhandelt, gefunden sein, zwar nicht für die alte Legisactio, doch für das Verfahren mit Schriftformeln. Die „älteste Cognitur", wie sie Eisele schildert, hat meines Wissens keinen Beifall errungen[6]; sie ist ein reines Phantasiestück und schon darum unglaubwürdig, weil die Quellen nur einen im Processprogramm genannten *cognitor* kennen. Dagegen schreiben wir den Römern eine Einrichtung zu, die das scheinbar Unvereinbare verwirklicht: einen Stellvertreter, der durch die Litiscontestatio Processsubject *(dominus litis)* wird, und dessen Aufgabe doch lediglich die Processführung vor dem Geschworenen ist. Was sich aus dieser Beobachtung für die Geschichte der Cognitur ergiebt, das soll später angedeutet werden. Vorerst sind die Merkmale aufzuzählen, wodurch sich der hier in Frage stehende Cognitor von dem früher (S. 17—24) besprochenen unterscheidet. Die Namen, welche die beiden Spielarten in Rom führten, lassen sich nur zum Teil mit voller Sicherheit ermitteln. Hatte Jemand Vollmacht für einen Anderen den Processvertrag abzuschliessen, so hiess er *cognitor ad agendum* (Ulp. D. 3, 3, 8, 1) oder *petendum datus* (Ulp. D. 12, 2, 9, 6), sofern er angreifen sollte; hingegen *c. ad litem suscipiendam* (Ulp. D. 3, 3, 8, 3) oder *ad defendendum datus* (Vat. Fr. 317), wenn er zur Abwehr bestellt war[7]. Nun setze ich dem Vertreter „zur Begründung

---

[6]) Vgl. statt Aller Hölder in d. Krit. Vierteljahrsschrift Bd. XXIV S. 17—23, M. Rümelin a. a. O. S. 79—92. Im Vorbeigehen billigt A. S. Schultze Privatrecht u. Process I S. 504 Eiseles Ansicht.

[7]) In den oben beispielsweise angef. Stellen haben die Digesten *procurator* statt des ursprünglichen *cognitor*; s. Keller Litiscont. S. 325, Eisele Cogn. S. 90, Lenel Paling. I p. 448.

des Streits“ entgegen den blos „zur Processführung“ berufenen. Die Römer nannten ihn vielleicht *cognitor ad litem exercendam* (oder *peragendam, exequendam*[8]) *datus*, ohne die Parteistellung besonders hervorzuheben. Gestützt auf Scaev. Dig. 46, 8, 5 könnte man auch an *litem persequi* denken; doch wäre wohl dieses[8] Wort nur für den Vertreter auf der Klägerseite gebraucht worden. Dass *litem exercere* die hier angenommene Bedeutung hatte, zeigt sehr deutlich das Atestiner Gesetzfragment Z. 8, 9[9], ferner Paul. Dig. 4, 8, 32, 9 und 34, 3, 30.

Hält man die beiden Cognituren zusammen, so ergeben sich nebst den durch die gewählten Namen schon bezeichneten Unterschieden weiterhin folgende. Soll der Cognitor blos Processführer sein, so muss er vor dem Praetor bestellt werden, soll er den Process begründen, so kann er auch ausserhalb der Gerichtsstätte gegeben werden. Im ersteren Fall ist er immer nur ermächtigt zur Führung eines bestimmten Processes, im letzteren hat er meist eine allgemeiner gefasste Vollmacht. Dort besteht sein *dominium litis* von vornherein in Folge des vom Principal geschlossenen Vertrags; hier erwirbt er es kürzere oder längere Zeit nach[10] der Bestellung durch eigene Handlung. Erst vom Zeitpunkt der Litiscontestatio an gelten für diesen und jenen Vertreter

---

[8]) Dafür Neraz Dig. 44, 4, 11, pr., Scaev. D. 36, 1, 78 (80), 15, Ulp. D. 47, 10, 17, §§ 14, 19, 22; doch ist das Wort (ebenso *persequi*, s. Paul. D. 50, 17, 87) zweideutig, s. Paul. D. 45, 1, 85, pr., Ulp. D. 47, 1, 3.

[9]) Bruns-Mommsen Fontes p. 100 (ed. V.): . . . *iudicia data erunt* (die Genehmigung des Beamten), *iudicium fierei* (die Streitbefestigung) *exerceri* (die Processführung) *oportebit*. Ueber *iudicium fit* vgl. meine R. Processgesetze Bd. II S. 39, 40, 47, 56 N. 10, S. 228, 236.

[10]) Unzutreffend Lenel Edictum S. 75 N. 5.

die nämlichen Grundsätze. So konnte z. B.[11] dem Cognitor *ad litem exercendam* die Vollmacht immer nur mit Zustimmung des Praetors entzogen werden[12], hingegen dem *ad agendum* berufenen ohne Weiteres, so lang der Streit nicht befestigt war[13].

Zu eingehender Erörterung dürfte nur éin Punkt Anlass bieten: der Eintritt in das Processverhältniss Seitens einer Person, die den Processvertrag nicht selbst zu Stande bringt. Nach dem Berichte von Gaius (IV. 83) setzt die Bestellung zum Cognitor die Anwesenheit des zu Bevollmächtigenden nicht voraus. Das Geschäft der Ernennung war gewiss fertig mit der Beendigung des Spruches *coram aduersario.* Allerdings unterscheidet Gaius l. c. den *cognitor datus* von dem, der *cognitor est*, wozu die Uebernahme des *officium* gehöre; und ähnlich äussert sich Paulus[14], wenn er die „Ratihabition" des in Abwesenheit Bestellten verlangt. Hiebei dürfte aber vornehmlich an das zwischen dem Principal und dem Vertreter zu begründende Mandatsverhältniss gedacht sein, welches natürlich ohne Einwilligung des Cognitors nicht entstehen konnte. Lehnte dieser die ihm zugemutete Verrichtung ab, so erklärte er zweierlei: dass er den Auftrag nicht annehmen, und dass er keinen Gebrauch machen wolle von der gültig erteilten Vollmacht.

---

[11]) Weiteres (über das Substitutionsrecht des Vertreters und die Frage, wie der Tod des Principals wirkt) bei Wach in Kellers Civilprocess § 61 N. 716a. Besonderes gilt, wenn der Vollmachtgeber bereits Cautio *iudicatum solui* geleistet hat: s. Ulp. D. 3, 3, 15, pr., Bethmann-Hollweg Versuche S. 160 N. 35, Eisele Cogn. S, 52, 53.

[12]) S. die Belege bei Lenel Edictum § 28.

[13]) S. Paul. Dig. 3, 3, 16, Lenel Paling. I p. 979.

[14]) Dig. 3, 3, 2, dazu Keller Litiscontestation S. 325. Eisele Cogn. S. 43, 44 kann ich nicht durchaus zustimmen.

Hinsichtlich des Anwalts *ad agendum* ist dem Gesagten kaum etwas beizufügen. Weitere Fragen aber tauchen auf im anderen Fall, wenn der Vollmachtgeber selbst die Lis contestirt und den Vertreter hiedurch zum *dominus litis* gemacht hat. War das überhaupt möglich in Abwesenheit des letzteren? Gaius scheint keinen Zweifel zu haben, da er allgemein bemerkt: *nec interest praesens an absens cognitor detur.* Freilich denkt unser Gewährsmann in den Institutionen fast ausschliesslich an den Cognitor *ad agendum*, und auf diesen allein, der unmittelbar vorher genannt ist, könnte man vielleicht seine Äusserung beziehen. Zur Unterstützung dieser an sich misslichen Deutung wäre Isidor Differ. I. (18) 123 anzuführen:

Cognitor non nisi praesens a praesente praesenti datur[15], und Paul.-Fest. p. 57, sofern man folgenden Text billigt:

Cognitor est, qui litem alterius suscipit coram eo cui[16] *datus est.*

Natürlich ist auf so unsicheren Grundlagen nicht wohl fortzubauen. Gegen Gaius vermag Isidor nicht aufzukommen; daher ist das Erforderniss der Praesenz für die Hadrianische Zeit mindestens zweifelhaft; nur dem älteren Recht kann es mit grösserer Wahrscheinlichkeit zugesprochen werden[17].

---

15) Rudorff R. Rechtsgeschichte Bd. II S. 70 N. 15 wirft Isidor und der Interpr. zum Cod. Th. 2, 12, 7 (wo Bestellung *praesente iudice* verlangt ist) Verwechselung mit dem Procurator *praesentis* u. *apud acta* vor, Eisele Cognitur S. 222 will beide Äusserungen aus dem spätkaiserlichen Recht nach dem J. 382 erklären; vgl. aber Eisele selbst S. 84 N. 53a.

16) Handschriftlich ist *coram ab eo cui* überliefert; Mommsen bei Bruns Font. p. 334 n. 7 (ed V.) will schreiben: *coram eo a quo*; vgl. auch Buchholtz Vaticana Fragmenta p. 338 n. 17 (1828).

17) So Zimmern Rechtsgeschichte Bd. III S. 470, Bruns Quid conf. Vat. fr. p. 35, Drewcke a. a. O. p. 4, Karlowa Legisactionen S. 357,

Wie dem auch sei, ohne vorherige Einwilligung des *ad litem exercendam* zu bestellenden Cognitors wird kaum jemals eine Streitbefestigung stattgefunden haben. Handelte es sich um die Uebernahme der Klägerrolle, so war es für den Principal ein Gebot der Vorsicht, den consumirenden Processvertrag erst abzuschliessen, wenn feststand, dass sich der Dritte der ihm zugewiesenen Aufgabe unterziehen werde. Allerdings war Translation möglich, allein nur mit Zustimmung des Magistrats[18]. Sollte umgekehrt der Vertreter Passivsubjekt der Condemnatio werden, so musste verständiger Weise der Praetor die Genehmigung der cognitorischen Formel verweigern, wenn ihm die Einwilligung der darin genannten Person nicht nachgewiesen war. Knüpften sich auch keine ernsten Folgen an die Verurteilung des Cognitors, weil die Judicatsschuld auf den Geschäftsherrn übertragen wurde[19], so wäre doch den Römern schon die Möglichkeit eines Geschworenenspruchs wider Personen, die dem Processprogramm nicht zugestimmt hatten, als etwas Unerhörtes erschienen. Dagegen lag in dem Umstand, dass auf Grund des blossen Beitritts zur Streitbefestigung des Principals ein Urteil für und wider den Vertreter ergehen konnte, keine grössere Anomalie als in der Gewährung der Actio iudicati für und gegen Personen, welche den Process nicht selbst begründet hatten.

Am wenigsten dürfte man unserer Annahme mit dem vielbenutzten Fragment von Paulus in den Dig. 44, 7, 11 be-

---

359; dazu Keller-Wach Civilpr. § 52 N. 614. Bemerkenswert ist hier auch Cassius-Ulp. Dig. 26, 1, 3, 2 (interp., s. Pernice Labeo Bd. I S. 230 N. 84), andererseits Papin. D. 5, 1, 39, pr.

[18]) S. oben S. 30 N. 12.

[19]) Belege bei Keller Civilprocess § 53 N. 622 (S. 269, 270). Zu weit geht wohl in der Betonung der blossen Organschaft des Cognitors Kuntze Excurse S. 260—262 (2. A.).

gegnen, demzufolge Verträge zu Gunsten Dritter (im w. S.) der Rechtswirkung entbehren. Hat der Jurist überhaupt andere als rein privatrechtliche Verträge im Auge, so wäre doch der Fall der Processobligation, die durch fremde Handlung für den Cognitor erwächst, schon durch den Wortlaut der Stelle ausgenommen, da es am Schlusse heisst:

. . . et ideo neque stipulari neque emere uendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus.

Zunächst wird wohl daran Niemand zweifeln, dass der Cognitor vor dem Magistrat, indem er den Streit befestigt, immer nur *alieno nomine* agirte. So macht bei Cicero p. Rosc. com. c. 18 § 53, 54 der Cognitor als derjenige, dem das *alteri petere* zusteht, den Gegensatz zu dem, *qui sibi soli petit* und *qui suo nomine petit*, ebenso bei Gai. II. 39 das *experiri . . ex persona (alterius) quasi cognitor* zum *(suo) nomine agere;* und in IV. 82 erscheint das *cognitorio nomine a.* als Unterart des *alieno nomine agere.* Was aber in unserer Lehre *suo* und *alieno nomine* bedeutet, das zeigt mit klaren Worten Gai. IV. 86 an:

Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam conuertit.

Demnach ist lediglich die Fassung der Intentio entscheidend; dadurch, dass die Condemnatio den Namen des Cognitors aufweist, erhält das Agiren des Vertreters nicht das Gepräge einer Handlung auf eigenen Namen.

Alle hier angeführten Zeugnisse beziehen sich ausschliesslich oder hauptsächlich auf das technisch sogenannte *agere* und *petere:* auf die Streitbefestigung. Durch diese aber wird der Vertreter *dominus litis,* Subjekt des Processverhältnisses, ähnlich dem Delegatar, der stipulirt und nach Gai. II. 39

fortan *suo nomine* agiren kann. So möchte man fast glauben, dass die *alieno nomine* vollzogene Litiscontestatio dem Vertreter eine eigennamige Processobligation verschafft. Dennnoch ist das sicher nicht die Auffassung der Römer. Natürlich lag die Streiturkunde dem Verfahren vor dem Judex in derselben Fassung zu Grunde, die sie im Augenblick der Streitbefestigung hatte. Nannte aber die Intentio, auf die es allein ankommt, nur den Namen des Principals, so war die im Schwurgericht vom Cognitor fortgesetzte Rechtsverfolgung eben so wenig Geltendmachung eines auf den eigenen Namen lautenden Rechtes, wie vorher der Abschluss des Processvertrags in Jure. Gerade hieraus erklärt sich wohl die häufig vorkommende Bezeichnung des Principals[20] als *dominus litis*. Letzterer hiess eben so im Hinblick auf die Intentio, der Vertreter dagegen nach dem Text der Condemnatio. Verlangt man endlich ausdrückliche Belege, so sei beispielsweise hingewiesen auf das praetorische Edict in den Dig. 3, 2, 1, welches aus dem Kreis der unbeschränkt Postulationsfähigen nur den ausschliesst:

qui furti . . . suo nomine damnatus . . erit . . .,

auf Ulp. Dig. 3, 2, 6, 2: *Si quis alieno nomine condemnatus fuerit, non laborat infamia: . . .*,

---

[20]) Sowohl dem Cognitor wie dem Procurator gegenüber; s. Paul. D. 3, 3, 30, Ulp. D. 3, 3, 31, pr. u. D. 12, 3, 7, Mod. D. 46, 7, 10 (wegen der Interpolation Keller Litiscont. S. 326, 328), Macer D. 49, 9, 2, Marcian D. 20, 6, 8, 2 (vgl. Dernburg Pfandrecht Bd. II S. 542 N. 1 und jetzt gegen Huschke Z. Pandektenkritik S. 33, 34 H. Krüger Beiträge z. Lehre v. d. exceptio doli 1 S. 126, 127 — der Text ist schwerlich ganz unverdorben); weitere Belege aus dem Cod. J. bei Wach Hdb. d. deutschen Civilprocessrechts Bd. I S. 559 N. 5, der diesen Sprachgebrauch anscheinend für jünger hält als die Verwendung desselben Ausdrucks für den Vertreter.

Ulp. Dig. 3, 3, 31, pr.: *Si quis, cum cognitorio* (Trib.[21]: *procuratorio) nomine condemnatus esset, heres extiterit domino litis: iudicati actionem non recte recusabit*

und auf Neratius Dig. 44, 4, 11, eine Stelle, die von der (procuratorischen) Vertretung auf der Klägerseite handelt:

Si procurator agit, de dolo eius excipi non debet, quia aliena lis est isque rei extraneus, neque alienus dolus nocere alteri debet. si post litem contestatam dolo quid fecerit, an exceptio eo nomine in iudicium obicienda sit („ob aus diesem Grund eine Einrede durch nachträgliche Aufnahme in die Formel entgegenzusetzen sei"), *dubitari potest, quia litis contestatione res procuratoris fit eamque suo iam quodammodo nomine exequitur. et placet de procuratoris dolo excipiendum esse. idem de tutore, qui pupilli nomine aget, dicendum est.*

Augenscheinlich hält es der Jurist mindestens für ungenau, dem Procurator vor dem Geschworenen eine *executio suo nomine* zuzuschreiben; daher fügt er vorsichtig *quodammodo* hinzu. Am Schlusse aber lässt er den Tutor auch nach der Litiscontestatio *pupilli nomine* auftreten. Der Inhalt des Fragments macht es völlig gewiss, dass Neratius wirklich an diesen Processabschnitt dachte. Hiemit dürfte zugleich festgestellt sein, wie die Römer die Processobligation beurteilten, die für und wider den einwilligenden[22] Cognitor aus der Streitbefestigung zwischen Principal und Gegner hervorging. Während die handelnden Personen *suo nomine* agirten, trat der gleichzeitig ernannte Cognitor in ein auf fremden Namen gestelltes Verhältniss ein. Paulus in l. 11 D. cit.

---

[21]) S. Keller Litiscontestation S. 326.

[22]) Vgl. noch das praet. Edict D. 3, 3, 8, 3: *Cognitorem . . , pro quo consentiente dominus . . . exposuit . . cogam.*

(44, 7) hindert uns nicht, dies zu behaupten, da er den Verträgen nur die Wirkung abspricht: *ut alter suo nomine recte agat.*

V.

Auf ein einziges Zeugniss ist die Annahme eines besonderen Cognitors *ad litem exercendam* bisher gestützt worden. Giebt es ausser dieser éinen keine andere Nachricht in den Gaianischen Commentarien oder sonst wo? Leicht könnte man sich versucht fühlen, die Phrase *per cognitorem agere* zunächst auf das selbsteigene Agiren mit cognitorischer Formel zu beziehen. Wenn es möglich war, statt *iudicio* („mittels geschriebener Formel") *petere* zu sagen: *per iudicem petere* (S. 15 N. 25), statt des Ganzen ein Stück (den in der Urkunde erwähnten Richter) zu nennen, so hätten ebenso gut die Worte *per cognitorem* die ganze cognitorische Formel ersetzen können. In der That ist die einstmalige Verwendung der Phrase in diesem Sinn nicht ganz unwahrscheinlich. Vielleicht war der vermutete Gebrauch der ursprüngliche; nachweisen aber lässt sich m. W. blos die zweite, oben (S. 21—23) bereits dargelegte Bedeutung. Zumal für Gaius IV[1] ist die Auffassung, die wir zu Grunde legen müssen, festgestellt durch § 98 in f. und § 124. Dem Juristen kann nur der bekannte Gegensatz des *alieno* und *suo nomine agere* vor-

---

[1]) Nach der Handschrift würde § 97 lauten: *Ac nec si* (Subject: der Geschäftsherr) *per cognitorem agat, (u)lla satisdatio uel ab ipso uel a domino desideratur. Ipse* wäre hier der selbsthandelnde Geschäftsherr, *domino* müsste verschrieben sein statt *cognitore.* Indess haben die Herausgeber mit Recht den Fehler anderswo gesucht. Es ist zu lesen: *agatur.*

schweben, wenn er vom Geschäftsherrn sagt, er agire entweder *per cognitorem* oder *ipse* und *per semet.* In gleicher Weise ist sicher auch Cic. p. Rosc. com. c. 18 § 53[2] zu verstehen:

Quid interest inter eum, qui per se litigat, et eum, qui cognitor est datus? (ungenau statt: *cognitor datus litigat?) Qui per se litem contestatur, sibi soli petit, alteri nemo potest, nisi qui cognitor est factus. Itane uero? cognitor si fuisset tuus, quod uicisset iudicio, ferres tuum; [cum] suo nomine petit, quod abstulit, sibi [tibi], non tibi [sibi]*[3] *exegit. [?]*

Jedem Unbefangenen zeigen diese Worte, dass der Redner den Cognitor kennt, welcher für den Herrn den Streit befestigt[4] *(litigat*[5] *= petit = l. contestatur);* ausserdem sind sie ein Beleg dafür, dass die Phrasen *per se* und *suo nomine litigare* schon gegen das Ende der Republik das Nämliche anzeigen. Selbstverständlich hatte Cicero l. c. keinen Anlass, auf die Cognitur näher einzugehen. Erwähnt er blos die éine Art, so beweist das nicht gegen das Dasein der anderen. Immerhin ist es denkbar, dass die weit häufigere Verwendung des *cognitor ad petendum* mit ein Grund war, gerade von diesem Vertreter zu sprechen.

Nicht so leicht ist über das Stillschweigen des Gaius wegzukommen, der ausser in IV. 83 nirgends vom blossen Processführer handelt. Nur in IV. 182 steht ein Ausdruck, der wenigstens auf beide Arten mit gleich gutem Recht zu

---

[2]) Fruchtlos müht sich Eisele in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. Rom. Abt. Bd. XVIII S. 196—198 mit dieser Stelle ab.

[3]) Das in Klammern Eingeschlossene ist von C. F. W. Müller (Adnot. crit. p. XXIV) angenommene Emendation.

[4]) Mithin kann die neuere Cognitur nicht erst durch die Augusteische Gerichtsordnung eingeführt sein, wie Eisele Cogn. S. 76, 77 vermutet.

[5]) S. Gai. IV 30, Wlassak R. Processges. Bd. II S. 81 N. 15.

beziehen ist. Bekanntlich waren nach praetorischen Edicten anrüchige Personen der Regel nach von der processualischen Vertretung ausgeschlossen. Nun sagt uns Gaius, sie seien gehindert gewesen, *⟨pro⟩curatorio aut cognitorio nomine iudicio*[6] *interuenire.* Möglicher Weise ist diese Wendung dem Sprachschatz der *ueteres* entnommen, in deren Zeit unbedenklich — schon Ciceros wegen — beide Arten der Cognitur zu versetzen sind. Erweist sich doch auf den ersten Blick die vom selbstagirenden Herrn *ad litem exercendam* bestellte Anwaltschaft als die ältere Einrichtung, wenn sie verglichen wird mit der Cognitur *ad agendum.*

Einmal ist die erstere an strengere Voraussetzungen gebunden und von beschränkterer Anwendbarkeit als die zweite; sodann erklären sich, wenn jene den Urfall darstellt, aufs einfachste alle Vorzüge der Cognitur gegenüber der Procuratur. Hiernach werden wir mit voller Zuversicht den blossen Processführer der Vorciceronischen Epoche zuschreiben und müssen es andererseits begreiflich finden, wenn dieser Typus, der im Jahr der Rede für Roscius, und vielleicht lang vorher, durch einen anderen überholt war, in den klassischen Schriften nur wenig Spuren hinterlassen hat. Auch Gaius hätte sich in seinem kurzen, unvollständigen Lehrbuch damit begnügen können, den Anwalt *ad agendum* zu erwähnen. Wenn er trotzdem an éiner Stelle die ältere Art mit berücksichtigt und das zugehörige Formelpaar sogar als das ältere[7] voranstellt, so bestätigt das wiederum die Beobachtung, dass Gaius unter

---

[6]) Vgl. übrigens Wlassak a. a. O. Bd. II S. 49, 50.

[7]) Keineswegs als das wichtigere. Gaius' eigene Darstellung wie die anderer Juristen machen es unmöglich, den Worten (IV. 83) *potest ut actor ita dicat* den Gedanken unterzulegen, dass das zweite Formelpaar seltener im Gebrauch sei. Daher ist zu übersetzen: „ferner kann sich der Actor folgenden Spruches bedienen . . .“

seinen Vorlagen mindestens éine sehr alte hatte, mag das nun eine Originalschrift aus republikanischer Zeit gewesen sein oder eine später aus dieser durch Ueberarbeitung entstandene. Letztere könnte unser Autor grossenteils abgeschrieben haben; seine Berichte würden hiedurch an Glaubwürdigkeit nichts einbüssen, sondern eher gewinnen. Übrigens ist aus IV. 12—29, aus der Darstellung des Spruchformelverfahrens — um Anderes zu geschweigen — mit aller wünschbaren Sicherheit die Benutzung einer alten Quelle zu erschliessen. Schon unter Augustus im J. 737 d. St. hatte die republikanische Legisactio für Streitsachen ihre Geltung ganz und gar verloren. Gaius selbst wird nicht müde, an diese Thatsache immer wieder zu erinnern.[8] Daher war überhaupt kein Jurist der Kaiserzeit in der Lage, aus lebendiger Anschauung zu schildern, was zu unserer Kenntniss fast ausschliesslich durch die Institutionen vom J. 161 p. C. gekommen ist. Hatte aber Gaius bei der Abfassung seines Werkes neben einer neueren eine alte Vorlage zur Hand, oder besorgte er die Modernisirung, gestützt auf seine eigenen früheren Arbeiten, so wird man das Nebeneinander von Alt und Neu nicht verwunderlich, und in Betracht des skizzenhaften Charakters seines Buches das Fehlen vermittelnder und erläuternder Bemerkungen verzeihlich finden. Indessen hätte

---

[8]) Dennoch hat er tauben Ohren gepredigt. Gerade seiner wohlbegründeten Praeterita wegen wird ihm neuestens folgende Sündenliste vorgehalten: „ebenso unpräcise Ausdrucksweise, wie aber auch eine Unsicherheit, ja ein Mangel an exactem Wissen in rechtshistorischen Dingen." M. Voigt R. Rechtsgeschichte Bd. I S. 130 z. N. 4 weiss eben nicht, vielleicht durch Gell. XX. 10, 1 irregeführt, dass die Legisactio des Julischen Gesetzes nicht die des Rechtes der republikanischen Zeit ist. Von der ersteren sagt Gaius (IV. 30, 95), dass sie in Geltung, von der letzteren, dass sie beseitigt sei.

doch der Jurist das erste Formelpaar nicht ohne Weiteres aufführen können, wenn es unter Pius unanwendbar gewesen wäre. Letzteres nimmt Gaius gewiss nicht an, während für uns kein genügender Grund vorliegt, seiner Mitteilung zu misstrauen.

Mindestens éin Fall lässt sich denken, wo das Selbstagiren des Herrn mit cognitorischer Formel ausserordentlich nahe lag und in Folge dessen manchmal an die Stelle des üblichen Agirens durch den Cognitor treten mochte. Dieser Fall war gegeben, wenn der Principal, nach der vom Anwalt vollzogenen Streitbefestigung, diesen durch einen anderen ersetzen, oder wenn er die Führung des von ihm selbst begründeten Processes nachträglich einem Cognitor übertragen wollte.[9] Beidemale war ein Translationsverfahren erforderlich.

Vorerst ist im Allgemeinen der Heigang zu zeichnen, wenn eine Partei, z. B. der Beklagte, den Process auf einen Dritten abzuwälzen gedachte. Gewöhnlich wird sich der Antragsteller (Postulant)[10] selbst (B) in Jure eingefunden haben; unerlässlich war das Erscheinen des Klägers (A), der ja Caution empfangen sollte; die Anwesenheit des Dritten (C) soll hier vorausgesetzt werden. Die zunächst formlos geführte Verhandlung schloss nach meinem Ermessen, wenn der Antrag des Beklagten durchdrang, mit einer Action, eben der *translatio,* die ihrem Wesen nach nichts Anderes war als eine

---

9) Belege bei Lenel Paling. II p. 449, 450; vgl. besonders Ulp. D. 3, 3, 17 u. 3, 3, 27, 1.

10) Auch der Cognitor kann Translation begehren; s. Paul. D. 3, 3, 20 u. 22 u. 24, Lenel Paling. I p. 979. So war es nicht ausgeschlossen, dass ausnahmsweise ein Cognitor *ad litem exercendam* in Jure postulirte. Andere Gründe nachträglichen Auftretens vor dem Praetor bei Keller Civilprocess § 68 S. 348—350 (6. A.).

Wiederholung der Litiscontestatio, nur dass hiebei nicht die alte, sondern die geänderte Formel als Processmittel diente. Die Vorstellung, dass der Praetor die Translatio anordnete und auch vollendete, ist sicher ebenso unhaltbar wie das Kellersche Unding einer vom Magistrat vollzogenen Streitbefestigung. Hier wie dort hatte der Praetor in Wahrheit blos sein Vollwort zu geben. Dem Kläger konnte man doch unmöglich einen neuen Gegner aufdrängen, auch nicht mit der Caution der alten Partei. Vielmehr musste er abermals einen Processvertrag abschliessen, und die Form wird keine andere gewesen sein, als die des ersten Vertrags.

Um diese Andeutungen[11] nicht ganz beleglos zu lassen, will ich nur hinweisen auf Ulp. D. 3, 3, 27, pr., wo das *transferre* als Parteienthätigkeit erscheint und das *permittere transferri* als Bestandteil der magistratischen *causae cognitio;* dann besonders auf Gaius Dig. 3, 3, 46, pr., der gerade unseren Beispielsfall erörtert:

Qui proprio nomine iudicium accepisset, si uellet cognitorem (Trib.[12] *procuratorem) dare, in quem actor transferat iudicium, audiri debet sollemniterque pro ⟨eo⟩ iudicatum solui satisdatione cauere.*

Einer, der als Beklagter auf eigenen Namen die vom Gegner edirte Formel angenommen hat, verlangt von diesem,

---

[11]) Mit der heutigen Translationstheorie dürften sie im Widerspruch stehen. Für weitere Ausführung ist hier nicht der Ort. Doch scheint mir das Obige lediglich Folgerung zu sein aus meiner Auffassung der klassischen Streitbefestigung. Dahingestellt bleibt es, ob alle Translationsfälle denselben Grundsätzen unterlagen. Besonders wichtig ist die Frage, ob und wie die Römer zur Annahme der Einheit des alten und neuen Processverhältnisses gelangten.

[12]) S. Bethmann-Hollweg Versuche S. 238 N. 156.

dass er, der Kläger das Streitverhältniss *(iudicium)* auf einen Cognitor übertrage. Ist es irgend wahrscheinlich, dass dieser Parteienact der Form entbehrte, dass die förmlich begründete Processobligation wesentlich anders behandelt wurde als die privatrechtliche, deren Übergang noch Gaius' Zeitgenossen blos durch Novation *(uerbis, litteris, inchoata lite)* vermitteln konnten? Und welche Form wäre mehr geeignet gewesen, die „Translation" des Streitverhältnisses zu versinnlichen, als die Übergabe der Formel, die vorher B von A erhalten hatte, und die jetzt — teilweise verändert — A dem C behändigte[13]? In unserem Fall aber waren die drei beteiligten Personen insgesammt in Jure anwesend. Regelmässig mochte der alte Beklagte so lang auf der Gerichtsstätte ausharren, bis das Streitverhältniss von Neuem endgültig begründet war. Sollte er da niemals die Gelegenheit benutzt und den formellen Schlussact selbst mit dem Kläger vollzogen haben?

Uebrigens ist es nicht ganz unmöglich, den Vorgang auch so zu denken, dass A dem C die cognitorische Formel überreicht, während B die Worte spricht: *quia tu a me fundum petis* etc. Dagegen macht es grosse Schwierigkeiten, dem alten Kläger, während ein Dritter, für ihn mit dem Gegner agirend, das Judicium transferirt, die Worte in den Mund zu legen: *quod ego a te fundum peto* ... Für die Zeit der Entstehung des ersten Formelpaars kann eine Verwendung der Sprüche zu diesem Zweck entschieden geleugnet werden. Den Gedanken, das *ego peto* auf den Fall zu erstrecken, wenn die

---

[13]) Man lese Paul. D. 10, 2, 48: *Si familiae erciscundae uel communi diuidundo uel finium regundorum actum sit et unus ex litigatoribus decesserit pluribus heredibus relictis, non potest in partes iudicium scindi, sed aut omnes heredes accipere id debent aut dare unum cognitorem (?* Trib. *procuratorem), in quem omnium nomine agatur.*

Petitio *per alium* erfolgt, konnte man erst fassen, seitdem der eben berührte Sprachgebrauch festgestellt war. Nun ist aber jene Redeweise gerade die Folge der Zulassung von Cognitoren[14] und muss demnach späteren Ursprungs sein als das erste Formelpaar. Wollte man aber Zweifel erheben gegen das hier angenommene Altersverhältniss der beiden Sprüche und einwenden, dass der bei Gaius zuerst erwähnte jünger sein könnte als der zweite oder wenigstens jünger als der Urfall der Cognitur, so würde ich Folgendes erwidern. Die Aufstellung des Formelpaars *quod peto, quia petis* bleibt unverständlich, wenn dem zweitgenannten höheres Alter zugeschrieben wird, da es für die Parteien ein Leichtes war, mit dem letzteren allein auszureichen. Das *agere uolo* war ja immer am Platz, selbst wenn der Principal seine Sache persönlich bis zur Litiscontestatio verfochten hatte; er konnte und musste so sprechen, auch wenn der Schlussact unmittelbar bevorstand.

Nicht besser begründet wäre der zweite oben angedeutete Einwand. Um dies zu zeigen, soll zunächst ein völlig unbekannter Urfall der Cognitur eingeräumt werden. Unter dieser Voraussetzung könnte *ego peto* schon die Bedeutung von *peto per alium* gehabt haben, als das erste Formelpaar entworfen wurde. Dagegen aber würde ich bemerken, dass der, genau im Augenblick der Streitbefestigung *per alium* den Cognitor ernennende Principal gewiss nicht den Eindruck der Lebenswahrheit macht. Welche Pedanterei wäre es gewesen, Gleichzeitigkeit der von verschiedenen Personen ausgehenden Acte zu verlangen oder doch als Regel hinzustellen! Was sehr angemessen, was durchaus natürlich war, wenn der Geschäfts-

[14]) Für das Agiren durch Procuratoren ist sie wohl nicht aufgekommen; s. oben S. 22, 23.

herr selbst die Lis contestirte, das sieht höchst gezwungen aus, sobald wir den Cognitor als agirend denken. War es diesem einmal gestattet, den Formalact für den Herrn zu setzen, so ist weiter kein Grund ersichtlich, weshalb die Ernennung des Vertreters nicht vor der Streitbefestigung, vielleicht unmittelbar vorher geschehen sollte.

Dem Gesagten nach ist es so gut wie ausgeschlossen, die Sprüche *quod ego peto, quia tu a me petis* im Sinne ihrer Urheber auf einen anderen Fall als den des selbst agirenden Geschäftsherrn zu beziehen. Dass sie später, als die Cognitur *ad agendum* die ältere Art nahezu verdrängt hatte, Verwendung fanden, wenn der Vertreter in Gegenwart des Principals den Process begründete, ist kaum zu vermuten, obwohl es nicht gerade undenkbar wäre. Noch bestimmter müssten wir den Vorschlag zurückweisen, schon den Juristen der Hadrianischen Epoche die Empfänglichkeit für die Feinheiten der Rechtssprache abzuerkennen. Die oben S. 7—17 mitgeteilten Äusserungen, von denen viele den spätesten Klassikern gehören, beweisen, wie falsch es wäre, dergleichen zu behaupten. Will man also dem Gaianischen Berichte gerecht werden, so ist die Brauchbarkeit beider Formelpaare noch für die Zeit des Pius zuzugestehen, während eine Umdeutung der älteren Sprüche nicht für wahrscheinlich gelten kann. Andererseits zeigt aber die Nichbeachtung der Cognitur *ad litem exercendam* in den Institutionen, dass diese Art der Stellvertretung, obwohl sie zulässig war, im Rechtsleben der Kaiserzeit keine Rolle spielte. Am ehesten mochte der Principal zuweilen selbstagirend auftreten, wenn es sich um die Translation des Processes auf einen Cognitor handelte.

An diese Bemerkung ist noch die Frage anzuschliessen, ob es statthaft war, mit einer der oftgenannten Formeln den Cognitor zu bestellen, der für den Vollmachtgeber den Trans-

lationsact[15] setzen sollte? Gewiss durfte der Herr nicht sagen: *quod ego peto.* Seine *petitio* lag ja in der Vergangenheit; eine neue *petitio*, für ihn *per alium*, eben die transferirende, war in Aussicht genommen; im Augenblick aber „petirte" er überhaupt nicht. Auch das wäre offenbar verfehlt, den Spruch so zu bilden: *quod ego . . . petiui, in eam rem . . . cognitorem do.* Dagegen scheint die andere Formel: *quod ego tecum agere uolo* zur Not auszureichen. Freilich kennzeichnet sie das beabsichtigte Geschäft sehr ungenügend; es soll zwar wieder agirt, doch nichts Neues geschaffen, nur die alte Processobligation geändert werden. Daher vermute ich das Dasein einer Abart des zweiten Formeltypus, z. B. mit folgenden Worten: *quod ego litem . . . tecum contractam*[16] *transferre uolo, in eam rem . . .* Mit diesem Spruch hätte auch éin Cognitor dem anderen nach der Processbegründung Vollmacht erteilen können, während die Gaianischen Formeln hier durchaus nicht passen. Wer aber diese Hypothese billigt, der wird es vielleicht vorziehen, auch dem Principal, wenn dieser selbst den Translationsact mit cognitorischer Formel ausführt, statt des gewöhnlichen *quod peto* einen das *transferre* anzeigenden Spruch beizulegen. Natürlich soll das Gesagte nicht mehr sein, als ein Versuch, zu raten, wo alle Nachrichten fehlen. Übrigens wird durch meine Mutmassung gar kein dritter Formeltypus neben die zwei bekannten gestellt. In den

[15]) In den Process mit Actio popularis konnte auf der Klägerseite ein Cognitor nur durch Translation eintreten: Vat. Fr. 340a, Paul. D. 47, 23, 5 — 3, 3, 42, pr., dazu Bruns in d. Ztschr. f. Rechtsgesch. Bd. III S. 380, 381, Lenel Paling. I p. 977. Durchaus gerechtfertigt war es, auch einen *c. ad. litem exercendam* bei der ersten Streitbefestigung nicht zuzulassen.

[16]) Vgl. die Zeugnisse in meiner Litiscontestation S. 64, 66, dazu Plaut. Capt. prol. 63.

Sprüchen mit *transfero* und *transferre uolo* wäre der Gegensatz von *peto* und *petere uolo* wieder zum Vorschein gekommen. Demnach hätte unser Gewährsmann, der in IV. 83 die einfachsten Beispiele wählt, nichts Wesentliches übergangen.

VI.

Wenn Gaius der Uebung, die in den Gerichten seiner Zeit vorwaltet, Rechnung trägt, indem er fast ausschliesslich den Cognitor *ad agendum* berücksichtigt, so erscheint es von vornherein als ziemlich aussichtsloses Unternehmen, Hinweisungen auf die ältere Cognitur in Justinians Pandekten zu suchen, wo vornehmlich die Juristen der mittleren und spätklassischen Zeit das Wort führen. Ist ferner der Schluss richtig, der oben (S. 37) aus einer Äusserung Ciceros gezogen wurde, so haben wir auch von den Fragmenten aus dem ersten Kaiserjahrhundert nichts zu erwarten. Stücke von noch höherem Alter hat die Compilation besonders aus dem praetorischen Album übernommen. Man wird kaum fehlgehen, wenn man die grosse Mehrzahl der Edicte der republikanischen Epoche zuschreibt. Auch für die Frage, die uns hier beschäftigt, könnte am ehesten das Album einige Ausbeute gewähren. Zuerst mach ich aufmerksam auf ein Edict, dessen Worte die Vat. Fr. 322 enthalten:

Alieno nomine, item per alios agendi potestatem non faciam in his causis, in quibus ne dent cognitorem neue dentur, edictum comprehendit.

Was der Jurist in den Vat. 323 im Anschluss an diesen Text bemerkt:

ut qui prohibentur uel dare uel dari cognitores, idem et procuratores dare dariue arceantur

ist eine offenbar ungenaue, ja unzutreffende Umschreibung des Edictes. Während gewissen Personen als Procuratoren die *agendi potestas* verweigert wird, drückt sich der Praetor wesentlich anders aus hinsichtlich derer, die er als Cognitoren zurückweist. Diesen wird nicht wie jenen die *agendi potestas* versagt, vielmehr heisst es hier: *ne dentur*, sie sollen gar nicht ernannt werden. Woher dieser Unterschied, weshalb begnügt sich der Praetor nicht auch bei den Cognitoren mit der Ankündigung, dass er *agendi potestatem* denegiren werde? Freilich könnte man sofort mit der Gegenfrage antworten, warum den Principalen nicht verboten wurde, gewissen Personen die Procuratur *ad agendum* zu übertragen? Dieser Punkt bedürfe der Aufklärung, zumal da im Album das Edict: *qui ne dentur cognitores* voransteht. Indessen hätte der erhobene Einwand keinerlei Berechtigung; denn für den Procurator der älteren Zeit war es gleichgültig, ob er „gegeben" ist oder nicht (Gai. IV. 84), was denn auch die Juristensprache sehr scharf ausdrückt, indem sie dem *cognitorem dare* an die Seite stellt das *procuratorem habere*[1] (Gai. IV. 182). Zudem konnte es dem Praetor verständiger Weise nur darauf ankommen, anrüchige Leute und Andere vom Postuliren und Agiren auszuschliessen, während es ihn wenig berührte, ob sie zur Cognitur berufen wurden. Daher ist es in der That einleuchtend, weshalb der Praetor von der Bestellung zum Procurator nicht handelt, andererseits auffallend, dass er sich nicht darauf beschränkt, gewissen Personen das *agere cognitorio nomine* zu verbieten.[2] Erklärt aber ist die Fassung des

---

[1]) Dies hat man (Bülow Processeinreden S. 42, dem Lenel Edictum S. 79 N. 6 zustimmt,) übersehen bei dem Versuch, Paul. Dig. 3, 3, 43, 1 zu deuten.

[2]) So setzt Gai. IV. 182 wirklich statt des edictalen Ausdrucks: *⟨pro⟩curatorio aut cognitorio nomine iudicio interuenire.*

Edictes, wenn dessen Urheber nur die ältere Cognitur kannte[3] oder beide Arten, und eine Norm aufstellen wollte, die sich auf beide zusammen bezog. Der Cognitor *ad litem exercendam* agirte eben nicht[4]; daher wäre es sinnlos gewesen, ihn davon auszuschliessen, und ebenso sinnlos, dem *agere per cognitorem* entgegenzutreten. Wie dort gegen das *dari,* so musste sich hier das Verbot gegen das *dare* kehren.

Es soll nicht behauptet werden, dass die vorgeschlagene Erklärung des Edictes der Vat. 322 die einzige sei, die sich denken lässt; immerhin erscheint sie, soweit ich sehe, als die befriedigendste. Möglich ist allerdings auch die folgende, die ausgeht von dem Erforderniss der Gerichtlichkeit des Bevollmächtigungsactes. Dieser Umstand konnte gewiss den Anlass bieten für Edicte, die schon das *dare cognitorem* regelten; doch ist bei der Cognitur *ad agendum* das éine keine notwendige Folge des anderen, und ausserdem jenes Gebundensein der Cognitorenernennung an die Gerichtsstätte nur bei der älteren Art mit Sicherheit festzustellen. Demnach führt schliesslich auch die zweite Erklärung zur Annahme eines in Jure nicht agirenden Vertreters.

Der Bestand verschiedener Arten der Cognitur zur selben Zeit ist, wie ich glaube, am deutlichsten erkennbar in dem praetorischen Edict bei Ulp. Dig. 3, 3, 8, 3:

Cognitorem (Trib.[5] *Procuratorem) ad litem suscipiendam datum, pro quo consentiente dominus iudicatum solui exposuit, iudicium accipere cogam.*

---

[3]) Ähnlich Eisele Cognitur S. 77, 78.

[4]) Dagegen konnte auch von ihm gesagt werden: *iudicio interuenit* (Gai. IV. 182); s. oben S. 37,38.

[5]) S. Keller Litiscontestation S. 325, Bethmann-Hollweg Versuche S. 238 N. 156.

Hier sagt der Praetor mit klaren Worten, wie der Anwalt beschaffen sein muss, gegen den er Zwangsmassregeln ergreifen werde. Während die Juristen gewöhnlich vom Cognitor *ad defendendum datus*[6] sprechen, bedient sich das Edict einer Wendung, die aufs schärfste betont, dass ein Vertreter gemeint sei, der für die angegriffene Partei Lis contestiren soll. *Litem suscipere*[7] kann gar nichts Anderes bedeuten, als den Act der Processbegründung. Nun wird es Niemand befremden, wenn er den Gedanken des Praetors in unserem Edict mit aller wünschenswerten Genauigkeit und Klarheit ausgeprägt findet. Gewöhnlich aber verbindet sich mit diesen Vorzügen noch ein anderer: der der Kürze des Ausdrucks. Die Praetoren pflegen mit den Worten zu sparen; was irgend entbehrlich ist, schliessen sie aus von der Formel wie vom Edict. Die von Ulpian in l. 8 § 3 cit. mitgeteilte Clausel scheint von dieser Regel eine Ausnahme zu machen. Welcher andere Cognitor sollte denn zum *iudicium accipere,* d. h. zum Vollzug der Streitbefestigung gezwungen werden,

[6]) Nebenbei sei bemerkt, dass auch *defendere* fast überall = *iudicio* oder *sponsione defendere* gebraucht ist, mithin die förmliche Verteidigung in Jure anzeigt; s. meine Litiscontestation S. 39, 40. Nur sehr wenige Fragmente giebt es, wo das Wort sicher in einer weiteren Bedeutung steht.

[7]) Genau so wie das Edict bezeichnet Paul. Dig. 3, 3, 69 den zur Defension berufenen Cognitor (Trib. *procurator;* s. Rudorff Edictum § 28 n. 3). Durchaus unbegründet scheint mir Lenels (Paling. II p. 1226 n. 2) Vermutung, dass die Worte *ad litem suscipiendam* von den Compilatoren hinzugefügt seien. Sollten diese das Interventionsrecht des Geschäftsherrn beschränkt haben? Allerdings ist die Stelle, ein Responsum ohne Frage, nicht ganz durchsichtig; das Wörtchen *etiam* lässt mehrfache Deutung zu. Allein das Unvermögen, ein Pandektenfragment zu verstehen, ist m. E. noch lange kein Grund für die Annahme einer Interpolation. Uebrigens ist es mir unbekannt, wie Lenel seinen Vorschlag rechtfertigen würde.

als der Vertreter der angesprochenen Partei? Allerdings ist es sehr begreiflich, dass der Praetor die Parteirolle des Anwalts ausdrücklich hervorhebt; nur wäre dieser Zweck schon mit den Worten: *pro quo . . dominus iudicatum solui exposuit* vollkommen erreicht gewesen. Die genannte Caution ist ja nur denkbar für eine Person, die verurteilt werden kann. Welchen Anlass aber hatte der Verfasser des Edictes, den Cognitor, auf den er zielt, noch besonders zu bezeichnen als „gegeben zur Übernahme des Processes"?

Anscheinend sind zwei Erklärungen möglich. Die erste würde den Praetor von dem Vorwurf befreien, etwas Überflüssiges gesagt zu haben, bewegt sich aber sonst auf unsicherem Boden. Die zweite lässt den gedachten Vorwurf bestehen, beantwortet aber genügend die Frage nach der Ursache jenes edictalen Beisatzes. Beide Erklärungen bestätigen in gleicher Weise das Dasein einer Cognitur *ad litem exercendam.*

Der Gaianische Spruch: *quia tu mecum agere uis, in eam rem cognitorem do* könnte ursprünglich für folgenden Fall bestimmt sein. Beide Parteien haben die Absicht, den Processvertrag in eigener Person abzuschliessen; die angesprochene bestellt im Voraus einen Cognitor, der nur im Geschwornenverfahren auftreten soll. Zu den Worten *L. Titium cognitorem do* müsste hinzugedacht werden: *ad litem exercendam.* In einer Zeit, die nur éine Art der Cognitur kannte, wäre diese Auffassung selbstverständlich gewesen. Hiernach hätte es Cognitoren älteren Styls gegeben, die bei der Litiscontestatio und solche, die vorher ernannt wurden. Als dann die neuere Art aufkam *(quia tu . . . L. T. cognitorem ad litem suscipiendam do),* ohne die ältere sofort zu verdrängen, hätte der Verfasser des Edictes der l. 8 D. cit. den später auffallenden Zusatz eingefügt, um nicht den blos *ad litem exercendam* gegebenen Anwalt mit zu bedrohen.

Wer es vermeiden will, dem zweiten Formelpaar für verschiedene Zeiten verschiedenen Sinn beizulegen, muss einräumen, dass die Edictsworte: *ad litem suscipiendam datum* von Haus aus entbehrlich waren. Dessen ungeachtet ist ihre Aufnahme ins Album sehr erklärlich, wenn zwei Arten von Cognitoren neben einander hergingen. Nicht jeder zur Verteidigung bestellte war auch *ad litem suscipiendam datus.* Der Praetor aber hatte nur den letzteren im Sinn. Kein Wunder also, dass er die Beschränkung besonders ausdrückt. Hiemit legt er unwillkürlich Zeugniss ab für das Dasein der Cognitur *ad litem exercendam.*

VII.

Ist die Zahl der äusseren Belege gering, auf denen meine These ruht, so wird es sich empfehlen, jetzt noch zu fragen ob das Bild, welches die Geschichte der Cognitur darbietet, durch das Einfügen des hier angenommenen Zwischengliedes an innerer Wahrscheinlichkeit gewonnen hat. Wer an den Ursprung der ganzen Einrichtung im Legisactionenprocess glaubt, dürfte geneigt sein, von einem ersten Versuch zu sprechen, die lästige Regel: *alieno nomine agere non licet* zu umgehen, auch wo keine der *certae causae* (Gai. IV. 82) vorlag. Der blosse Processführer, wie er oben (IV) geschildert ist, „agirte" nicht selbst; trotzdem wurde ihm der Weg zum Geschworenenverfahren durch die Streitbefestigung geöffnet. Demnach bliebe der alte Satz aufrecht und wäre doch um einen grossen Teil seiner Wirkung gebracht. Nur den Processvertrag musste die Partei noch in eigener Person abschliessen; vor dem Judex konnte ein Cognitor handeln. An diesen ältesten Anwalt würde sich dann einer anschliessen, der die

Legisactio selbst vollzieht, oder auch sofort der aus Gaius bekannte, dessen Processmittel (bei der Litiscontestatio und später) die Streiturkunde war.

Dies Alles klingt recht gut, stimmt aber mit den Nachrichten, an die wir gebunden sind, nicht überein oder entbehrt doch jeder Beglaubigung. Ein *lege agere* kann Niemand dem Cognitor beilegen, ohne der Überlieferung: Gai. IV. 82 und dem pr. I. de his (4, 10) Gewalt anzuthun. Gaius denkt augenscheinlich den Ausschluss der Stellvertretung als verbunden mit der alten *(olim)* Legisactio, das Gegenteil als etwas dem Verfahren mit Schriftformeln Eigentümliches. Unter den ausgenommenen Fällen ist m. E. kaum éiner, wo ein *lege agere* stattfand, welches im selben Sinn *alieno nomine* war, wie im Schriftprocess das Litigiren z. B. des Procurators. Indessen mag hierüber jeder seine Sonderansicht[1] haben; so viel aber kann für sicher gelten, dass in den bezeugten *certae causae* kein[2] Cognitor auftrat. Allerdings hat Lenel[3] einen Fall dieser Art ersonnen und verlangt, wir sollten ihn hinzufügen zu den *causae,* welche die kaiserlichen Institutionen aufzählen. Allein dieser Vorschlag dürfte nach der Gegenausführung von Eisele[4] nicht weiter in Betracht

---

[1]) Vgl. Keller-Wach Civilprocess § 54 (6. A.); dazu M. Rümelin Z. Geschichte d. Stellvertretung S. 18—71, Hruza Ueber d. lege agere pro tutela, Ubbelohde in Götting. gel. Anzeigen Jg. 1887 S. 993-999. Jhering ist im Geist Bd. II S. 106 N. 111 (s. auch Bd. I S. 203) hinsichtlich des *agere pro tutela* jetzt (Aufl. 4) Keller beigetreten; anders früher Bd. II S. 106 N. 110 (3. A.).

[2]) Vgl. besonders M. Rümelin a. a. O., dem wir die eingehendste Untersuchung der *certae causae* verdanken.

[3]) In der Ztschr. f. Rechtsgesch. Rom. Abt. Bd. XVII S. 151, 152. Einigermassen sind Bekker und Karlowa Lenels Vorgänger; s. meine Gesch. d. Negotiorum Gestio S. 46 N. 15.

[4]) Ztschr. f. Rechtsgesch. R. A. Bd. XVIII S. 192—195.

kommen; er ist gewiss zu verwerfen. So bleibt nur der „alt-civile" Cognitor übrig, der angeblich auf das Geschworenenverfahren beschränkt war.[5] Ihm kann die Regel: *alieno nomine agere non licet* nicht entgegengehalten werden, da der Vollmachtgeber selbst die Lis contestirt hätte, u. z. *suo nomine*. Freilich wissen wir nicht, ob und wie der Name des Vertreters der Legisactio eingefügt war. Doch möchte man diese Lücke in der Überlieferung allenfalls hinnehmen, wenn nur für das Wesentlichste, für das Dasein des altcivilen Cognitors irgend ein Zeugniss vorläge. Thatsächlich ist bisher im ganzen Quellenbereich auch nicht die geringste Spur entdeckt worden, die wirklich auf die behauptete Einrichtung zu beziehen wäre. Eines und gerade das Wichtigste ist früher (S. 27) bereits gesagt. Das bei Gai. IV. 83 zuerst genannte Formelpaar kann unmöglich der Legisactio entnommen sein, und auf dieses allein kann zuverlässig die Annahme eines Cognitors *ad litem exercendam* gestützt werden. Indess beruft sich ja Eisele auf andere Zeugnisse: auf die Rede für den Schauspieler Roscius. Aus ihr soll hervorgehen, dass Cicero den Cognitor *ad agendum (petendum)* noch nicht kannte. Geradezu widerlegt wird diese Behauptung durch das oben (S. 37) angeführte c. 18 § 53 der Rede. Genau das Gegenteil ist unbestreitbar richtig.[6] Hiernach muss sich Eiseles These zum mindesten eine Einschränkung gefallen lassen. Der Anwalt

---

[5]) Der erste, der einen solchen Cognitor annimmt, Ad. Schmidt Cic. p. Rosc. com. p. 29, 30 (Inaug. Diss. 1839) wollte blos eine Vermutung äussern. Huschkes Beitritt (in Richters Krit. Jahrb. Jg. IV Bd. VII S. 492, Zeitschr. f. gesch. Rechtswissensch. Bd. XIII S. 307 bis 309) blieb unbeachtet. Eisele aber (Cognitur S. 1—53, Ztschr. f. R. G. R. A. Bd. XVIII S. 191—207) glaubt Beweis für Schmidts *probabilia* erbringen zu können.

[6]) S. oben S. 37 zur N. 4.

— könnte man sagen — habe gegen das Ende der Republik zwar im Schriftprocess selbst agirt, dagegen in der Legisactio blos vor dem Judex verhandelt. Fragt sich nur, ob irgendwo Belege dafür zu finden sind. Eisele weist hin auf den Process des Roscius wider Flavius wegen Tödtung des Panurgus, der gemeinsames Gut des Ersteren und des Fannius gewesen war. Cicero erwähnt dieses Verfahren im c. 18 § 54:

Quodsi quisquam petere potest alteri, qui cognitor non est factus, quaero, quid ita, cum Panurgus esset interfectus et lis contestata cum Flauio damni iniuria esset, tu (näml. Fannius) *in eam litem cognitor Rosci sis factus, cum praesertim ex tua oratione, quodcumque tibi peteres, huic peteres, quodcumque tibi exigeres, id in societatem recideret.*

Hier sei klar bezeugt, dass Fannius erst nach der Litiscontestatio mit Flavius von Roscius zum Cognitor bestellt wurde. Diese Äusserung Ciceros sei massgebend, nicht die andere im c. 11 § 32, wo Fannius redend eingeführt wird:

Panurgum . . . Flauius . . . interfecit. In hanc rem . . . me cognitorem dedisti. Lite contestata, iudicio damni iniuria constituto tu sine me cum Flauio decidisti.

Die sehr wohlfeile Entgegnung, dass die Beweiskraft der einen Äusserung durch die andere aufgehoben sei, lässt sich meines Erachtens leicht vermeiden. Fannius hatte so gut wie Roscius gegen den Todtschläger Flavius eine Forderung ex lege Aquilia. Gleichzeitige Geltendmachung der beiden Ansprüche war in keiner Weise geboten.[7] Demnach beweist

---

[7]) Vgl. zu Cic. p. Rosc. com. c. 11 § 32, c. 17 § 52 Ulp. D. 9, 2, 19 u. 20: . . *si communem seruum occiderit quis, Aquilia teneri eum Celsus ait: . . . scilicet pro ea parte, pro qua dominus est qui agat,* ferner Planck Mehrheit d. Rechtsstreitigkeiten S. 125, Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. II S. 470, 471.

die erste Stelle nur dies, dass Fannius bereits auf den eigenen Namen Lis contestirt hatte, als er Vollmacht erhielt, auch den Anspruch des Roscius geltend zu machen. Die zweite handelt bis zu den Worten *tu sine me* . . . blos von der Forderung des Schauspielers. Daher beziehen sich die beiden Äusserungen gar nicht auf dieselbe Sache und sind miteinander wohl vereinbar. Nur éin Bedenken ist noch abzuwehren. Die erste Stelle macht den Fannius zum Cognitor des Roscius *in eam litem,* während vorher die von jenem mit Flavius contestirte Lis genannt ist. Doch schwindet bei näherem Zusehen auch hier der Schein der Ungenauigkeit. Denn der fragliche Satz ist offenbar gesprochen vom Standpunkt desjenigen, der da behauptet, dass ihm als Gesellschafter ohne besondere Vollmacht Seitens des Genossen die gerichtliche Einforderung dessen zustehe, was *uniuersae societati* (§ 53) geschuldet sei. Diese — unhaltbare — Auffassung wird dem Fannius unterschoben und so die Frage an ihn gerichtet, weshalb er sich noch *in eam* (der „Societät") *litem* von seinem Gesellschafter[8] zum Cognitor ernennen liess?

Dem Gesagten nach ist auch Eiseles zweite Behauptung unrichtig. Cicero erzählt von einer Vollmacht, die vor, nicht nach[9] der Litiscontestatio gegeben war. Dies wird noch entscheidend bestätigt durch c. 13 § 38, wo Pisos Vorschlag mitgeteilt ist, demzufolge Roscius seinem Gegner *pro opera ⟨ac⟩ labore, quod cognitor fuisset, quod uadimonia obisset* eine grosse Summe bezahlen sollte. Vadimonien giebt es nur im

[8]) Wegen der Gesellschaft oder richtig: der Gesellschaftsforderung (die erstere war durch den Tod des Panurgus aufgelöst) zwischen Fannius und Roscius vgl. wider Baron Die Condictionen S. 172—178 A. Pernice Ztschr. f. Rechtsgesch. Rom. Abt. Bd. XVI S. 98—100.

[9]) M. Rümelin a. a. O. S. 86 meint, man könnte auch an Translation denken.

vorbereitenden Verfahren[10]; mithin muss Fannius schon vor der Streitbefestigung Roscius' Vertreter gewesen sein.

Übrigens scheitert die bekämpfte Ansicht noch an einem anderen Punkte. Hätte auch Roscius selbst die Lis mit Flavius contestirt, so wäre doch diese Feststellung wertlos ohne die andere, dass eine Spruchformel (ex lege Aquilia) als Processmittel benutzt war. Eisele[11] wagt es gar nicht, dies mit Zuversicht zu behaupten, sondern schliesst nur umgekehrt aus der Thatsache, dass „Fannius als Cognitor erst in iudicio eintrat", auf ein Verfahren mit Legisactio. Schon aus diesem Grunde muss der versuchte Beweis für völlig misslungen gelten. Was aber jenen Process betrifft, so lässt uns Cicero über dessen Form nicht im Unklaren. Mit den Worten (c. 11 § 32) *iudicio damni iniuria constituto,* die nicht auf den Richter[12] zielen, sondern nur das vorhergehende *lite contestata* näher bestimmen,[13] ist deutlich ein mit der Aquilischen Schriftformel

[10]) So mit Recht Keller Civilprocess § 47 N. 551, dazu Wach.

[11]) Cognitur S. 26.

[12]) *Iudicium* könnte „das Gericht" sein; doch macht der Beisatz *damni iniuria* diese Auslegung höchst unwahrscheinlich, während Ciceros Sprachgebrauch (s. c. 12 § 36 u. N. 13) die oben angenommene unterstützt.

[13]) Dies hat schon Ad. Schmidt Cic. p. Rosc. com. p. 54 n. 32 richtig erkannt (irrig meine R. Processges. Bd. I S. 80 N. 7 Z. 6, 7), obwohl er auch eine andere (nicht annehmbare) Erklärung für möglich erachtet. Zu *iudicio constituto* citirt er Cic. de inv. II c. 19 § 58: *ibi* (vor dem Praetor) . . . *omnis conceptio priuatorum iudiciorum* (d. h. der Schriftformeln für Privatprocesse) *constituitur* u. orat. part. c. 28 § 99: *Atque etiam ante iudicium* („vor der Streitbefestigung") *de constituendo ipso iudicio* („über die Art und Weise der Processbegründung") *solet esse contentio* . . . Dass *iudicium* der gebräuchlichste Ausdruck für die Streiturkunde ist, für den Process (u. das Processverhältniss) mit der Streiturkunde (Gegensatz: *actio* der „Spruchformelprocess"), endlich für die Streitbefestigung mit der Schriftformel, zeigt Wlassak Processgesetze Bd. I § 8, Bd. II § 18—20, Litiscontestation S. 14—20.

begründetes Processverhältniss angezeigt. *Iudicium* ist der technische Ausdruck für das Verfahren mit der Streiturkunde, wie *actio* für das ältere mit der Spruchformel. Zudem enthielt nach Ciceros eigener Angabe (p. Rosc. com. c. 8 § 24) das Album des Praetors um das Jahr 678 d. St. bereits *formulae de omnibus rebus.* Nur Vindicationen kamen mit Sprüchen vor; im Übrigen war schon der alte Process durch die Concurrenz des neueren aus dem Leben verdrängt, um blos in den Büchern der Rechtsgelehrten noch kurze Zeit ein Scheindasein zu fristen.[14]

Nach allem dem ist unser Ergebniss: die völlige Ablehnung der Lehre vom Cognitor in der Legisactio. Damit wäre es auch geschehen um die neuerdings wieder von Eisele und Lenel scharf betonte „Civilität" der Cognitur, sofern man die Anschauung billigen wollte, dass „der Formularprocess" überhaupt etwas „Praetorisches"[15] sei. Leider treiben manche Gelehrte mit dem „civilen und praetorischen Charakter der Rechtsinstitute" gelegentlich argen Missbrauch.[16] Augenscheinlich konnte es den römischen Gesetzgebern, die eine Lex mit dem Volke vereinbarten, niemals verwehrt sein, Dinge

---

[14]) Vgl. über das Processrecht der Aebutischen Epoche meine Processgesetze Bd. I Cap. 2; dazu jetzt (1892) die Abh. in Grünhuts Ztschr. f. Privat- u. öff. Recht Bd. XIX S. 729—735.

[15]) Vgl. aber meine Processgesetze Bd. I S. 60—62, 159—164, II S. 350, 362, 363.

[16]) So hält es z. B. Eisele Cogn. S. 149, 163 für unmöglich, dass ein Procurator je die Actio *ipso iure* consumirt habe; denn „die Procuratur ist ein Institut des ius honorarium." Als ob für diese Frage etwas Anderes massgebend sein konnte, als das Dasein oder Nichtdasein eines civilen Rechtssatzes, der die Litiscontestatio des Procurators der des Herrn gleichsetzt! Wäre aber ein solcher Satz vorhanden gewesen, dürfte man dann „den Procurator" mit Haut und Haaren ein civiles „Institut" nennen?

zu ordnen, über die schon der Praetor in derselben oder in anderer Richtung edicirt hatte. Eben so wenig haben die Magistrate jemals auf die Regelung von Verhältnissen blos aus dem Grunde verzichtet, weil sich mit ihnen bereits Volksgesetze irgendwie beschäftigt hatten. Ist es doch eine bekannte Thatsache, wie häufig das Civilrecht vom Amtsrecht „gestützt" und „ergänzt" wurde.[17] Die Ausfüllung der Lücken aber bewirkten die Praetoren nicht immer durch Aufstellung neuer „Institute", welche den volksrechtlichen zur Seite traten, sondern zuweilen durch Ausgestaltung der civilen Einrichtung selbst. Daher kann man zwar vom civilen und praetorischen Ursprung reden, d. h. von den Anfängen der Normirung eines Verhältnisses, die bald von der Lex bald vom Imperium ausging; dagegen ist es nicht ohne Weiteres statthaft, ein „Institut" dem Volks- oder dem Amtsrecht zuzusprechen, da es mehrere Sätze sind, die ein „Institut" beherrschen, und nicht notwendig alle dieselbe Quelle haben.[18] So sind z. B. die Recuperatoren ihrem Ursprung nach gewiss praetorisch; dennoch hat die Augusteische Lex *de iudiciis priuatis* vom J. 737 zweifellos einzelne, das Recuperatorengericht betreffende Punkte geregelt.[19] Daher dürften die im amtsrechtlichen Privatprocess der Kaiserzeit judicirenden Richtercollegien weder schlechtweg

---

[17]) Das Obige steht durchaus im Einklang mit meiner Schrift: Edict und Klageform S. 6—14.

[18]) In meinen „Kritischen Studien" § 5 hab ich es abgelehnt, für die einzelne „Naturalobligation" éin Recht anzunehmen oder gar das sog. *ius naturale* und bin deswegen hart getadelt worden. Indessen scheinen mir die Römer bei ihrer Rechtsbildung und die modernen Systematiker, welche elegante, aus éinem Gedanken heraus entwickelte „Constructionen" lieben, wesentlich verschiedenen Zielen nachzugehen.

[19]) Vgl. meine R. Processgesetze Bd. II S. 198—200, 298—300, 324—328.

„civil" noch schlechtweg „praetorisch" genannt werden. Keine von diesen Behauptungen wäre richtig, beide wären teilweise falsch.

Noch eine zweite Bemerkung allgemeineren Inhalts darf ich hier einschalten. Trotz Bekkers[20] wohl begründeter Warnung ist es sehr üblich, durchgreifende innere Unterschiede zwischen Volks- und Amtsrecht vorauszusetzen. Dabei bedenkt man nicht, welch seltsame Zwiespältigkeit den römischen Magistraten zugemutet wird, die als Gesetzgeber in der Volksversammlung und als Urheber der freien Verordnungen nicht dieselben Menschen gewesen wären, die hier und dort in einer völlig anderen Welt gelebt, die als Rogatoren unter wesentlich anderen Einflüssen gestanden hätten, denn als Edicenten. Nicht das Volksrecht und das, nur missbräuchlich *ius* genannte Amtsrecht sollte man gegenüberstellen, sondern Bürger- und Fremdenrecht, im Übrigen einfach älteres und jüngeres. Damit will nicht gesagt sein, dass das *ius honorarium* als solches oder besser das freie Imperium, welches unter Anderem die Rechtspflege teilweise beherrschte, jünger sei als das eigentliche *ius*. Diesen der Überlieferung schnurstracks widerstreitenden Satz haben wir sicher preiszugeben; ohne Zweifel ist das Imperium genau so alt wie die Gemeinde Rom, die Beamtenwillkür also mit den provisorischen Ordnungen, die sie schafft, keine spätere Einrichtung, sondern das Ursprüngliche, älter als die den Magistrat bindende Lex.[21] Anders aber muss die Antwort lauten, wenn das Amtsrecht in der durch Gaius und die Pandekten bekannten Gestalt verglichen wird mit dem überkommenen *ius ciuile*.

---

[20]) Die Actionen Bd. II S. 263—275.

[21]) Vgl. meine R. Processgesetze Bd. II S. 101, 102, 121, 125, 126, 338, 339, 351—353, 359, 365.

Letzteres hat sich viele Jahrhunderte lang ziemlich unverändert in Geltung erhalten, während das erstere beständiger Erneuerung ausgesetzt war. Daher kann das moderne Gepräge, welches die praetorischen Normen aufweisen, durchaus nicht überraschen. Hätten wir z. B. mit der sicheren Thatsache zu rechnen, dass die Edicte im Hadrianischen Album für rechtsgeschäftliche Handlungen nirgends Formen voraussetzten, so wäre es doch sehr voreilig, daraus auf eine grundsätzliche Abneigung der alten Praetoren gegen alles Formenwesen zu schliessen. Man erwäge nur Folgendes! Auf der éinen Seite das alte *ius ciuile*, welches den Formalismus auf die Spitze trieb, auf der anderen zur selben Zeit und zur Ergänzung des *ius ciuile* ein Amtsrecht (vielleicht noch ungesatzt) blos für römische Bürger, aufgestellt vom Stadtpraetor, der für sein Teil genau den entgegengesetzten Standpunkt eingenommen hätte! Hält es nicht schwer, solchen Widerspruch glaublich zu finden?

Übrigens ist es gar nicht nötig, an die Frage nach dem Dasein praetorischer Formen blos mit allgemeinen Betrachtungen heranzutreten. Diese haben ihren Zweck erfüllt, wenn durch sie der Weg gebahnt ist zu unbefangener Beurteilung der thatsächlich vorhandenen Spuren. Vielleicht wäre es eine lohnende Aufgabe, derartigen schon in der Kaiserzeit halbverwischten Andeutungen nachzugehen, z. B. die Berichte über die verschiedenen *recepta*, das *saluum fore recipere* der Schiffer und Aehnliches genauer zu untersuchen. Doch muss an diesem Ort eine kurze Bemerkung genügen über ein paar Erscheinungen, die nach meinem Ermessen unbestreitbar sind. Ich denke dabei an die Befestigung des amtsrechtlichen Privatstreits mit Schriftformeln *(imperio continens iudicium)* und an manche Acte, welche die Begründung der legitimen wie der honorarischen Processobligation bald vorbe-

reiten, bald begleiten. Unter den neueren Gelehrten ist Jhering[22] der einzige, der im „Formularprocess" das „formalistische Element" erkannt hat; nur scheint er blos das Processmittel im Auge zu haben, während die Form auch der Handlung zukommt, welche die Parteien mit der Urkunde vollzogen. Worin sie bestand, das ist oben (S. 11) schon gesagt. Ihre Einführung in Rom verdankt sie den Praetoren, die den Fremdenprocess ordneten, und die dasselbe Verfahren später als summarisches auch streitenden Bürgern zugänglich machten. Durch das Aebutische und Julische Gesetz ist dann die amtsrechtliche Streitbefestigung[23] übertragen in den gemeinen Bürgerprocess und mit volksrechtlich gültigen Wirkungen ausgestattet.[24] Zur Annahme eines solchen solennen Geschäftes der Streitgründung, auch im praetorischen und neueren Civilrecht, hätte schon die Beobachtung führen sollen, dass die vorbereitenden wie die bestärkenden Verträge durchaus an Formen gebunden waren. Wenn z. B. die Cautio *iudicatum solui* nur *uerbis* contrahirt werden konnte, so wäre es doch eine Ungereimtheit gewesen, das Hauptgeschäft, zu dessen Sicherung die Caution diente[25], formlos zuzulassen. Von jenen Nebengeschäften aber (Vadimonien und anderen) sind gewiss die meisten ihrem Ursprung nach praetorisch, und auch später

---

[22]) Geist II 2. Abt. S. 648, dazu S. 482, 483 (4. A.).

[23]) Dass die Form der praetorischen und der Aebutisch-Julischen L. C. dieselbe war, zeigt schon Gai. IV. 104 u. 105: *Legitima sunt iudicia, quae . . . accipiuntur, Imperio uero continentur* (scil. *iudicia*) . . *quae . . . accipiuntur,* dazu Wlassak R. Processgesetze Bd. II S. 280, 281, Litiscontestation S. 3, 4, 23—42.

[24]) Vgl. meine R. Processgesetze Bd. II S. 298—328.

[25]) S. Ulp. D. 46, 5, 1, 1: *Iudiciales eas (stipulationes) dicimus, quae propter iudicium* („wegen der Processobligation") *interponuntur, ut ratum fiat,* . . .

ist ihre Verwendung im Julischen Bürgerverfahren keinesfalls durchweg legalisirt.[26] Allerdings erfanden die Gerichtsherren zum gedachten Zweck keine neue Form, sondern schrieben die im Privatverkehr nach *ius ciuile* übliche auch ihrerseits vor. Trotzdem heissen jene Cautionen, weil sie vom Magistrat, meist durch Edict, u. z. in der Verbalform angeordnet sind, mit gutem Fug „praetorisch", *stipulationes praetoriae.*[27] Zu ihnen gehören übrigens auch solche, die keine nähere Beziehung zu einem Processe *(iudicium)* haben, und deren Abschluss doch — nach edictaler Bestimmung — vom Magistrat erzwungen wird, wie die *stipulatio damni infecti, legatorum nomine,* die Cautio zur Sicherung der Collation und andere mehr.

Diese Beispiele dürften hinreichen, um den Widerspruch zu begründen gegen die hergebrachte Behauptung, derzufolge das *ius honorarium* grundsätzlich die Anwendung von Formen verworfen hätte. Wer das Gegenteil aufstellt, kommt ohne Zweifel dem Richtigen viel näher. Um aber zurückzukehren zu unserem Ausgangspunkt, prüfen wir jetzt nochmal die Sprüche bei Gai. IV. 83. Hängt doch an diesem éinen Nagel die von Eisele[28] und Lenel[29] mit so grosser Zuversicht ver-

---

26) Vgl. z. B. hinsichtlich der Vadimonien Gai. IV. 185: *eaque singula diligenter praetoris edicto significantur,* wegen der *satisdatio ratam rem d. h.* das Edict bei Ulp. D. 3, 3, 33, 3 u. Gai. IV. 99, wegen der *satisdatio iudicatum solui* Gai. IV. 102: *Quodsi proprio nomine aliquis iudicium accipiat in personam, certis ex causis satisdare solet quas ipse praetor significat,* über die Sponsionen im Interdictenverfahren Gai. IV. 170, u. s. w.

27) So Pomp. D. 45, 1, 5, pr., Ulp. D. 46, 5, 1, pr., dazu Wlassak Krit. Studien S. 25. Auf die „Hauptrubrik im Album: *de stip. praetoriis*" hätte ich mich nicht berufen sollen. Sie ist unbezeugt.

28) Cognitur S. 10—12, Ztschr. f. Rechtsgesch. Rom. Abt. Bd. XVIII S. 192—195, Krit. Vierteljahrsschrift Bd. XXVIII S. 534.

29) In der Ztschr. f. Rechtsgesch. R. A. Bd. XVII S. 149, 150.

teidigte „Civilität"[30] der Cognitur. Wir fragen also, ob sich diese Lehre behaupten kann, wenn das oben bekämpfte Vorurteil beseitigt ist? Bei unbefangener Betrachtung wird man wohl einräumen müssen, dass die beiden Formelpaare selbst nicht das geringste Merkmal aufweisen, woraus ein Schluss zulässig wäre auf civilen oder praetorischen Ursprung. Einstweilen ist beides möglich; auch der Ausschluss vom Legisactionensystem (S. 27, 52—57) bedeutet noch nicht die Ausweisung aus dem Legalrecht überhaupt. Wenn nicht die Lex Aebutia, so könnte ein späteres Gesetz den bis dahin in Rom unbekannten Cognitor in den legitimen Formelprocess eingeführt haben. Ist das aber wahrscheinlich? Sprechen nicht umgekehrt triftige Gründe für die praetorische Herkunft?[31]

Was die Bestellungsformen anlangt, so setzt sie Ulpian Vat. Fr. 318 ausdrücklich in Gegensatz zu den (streitlosen) Legisactionen:

Non tamen sic putat certis uerbis cognitorem dari debere, ut si quid fuisset adiectum uel detractum, non ualeat datio ut in legis actionibus.

Anscheinend ist die hier betonte Veränderlichkeit der Sprüche auch der Grund, weswegen sie von Gai. IV. 97 immer noch *certa,* doch nur *quasi sollemnia uerba* genannt werden. Möglich ist es ja, dass ein Volksgesetz, welches

---

[30]) Das formelle (nicht das civile) Geschäft verträgt keine Bedingung. Sehr kühn ist Eiseles Bemerkung zu Papin. Vat. 329: „die cognitoris datio gehört mithin zu den actus legitimi." Vgl. dagegen M. Rümelin Gesch. d. Stellvertretung S. 90, 91, der auch Eiseles Schlüsse aus Vat. 325—327 zurückweist.

[31]) Vgl. zum Folgenden meine Negotiorum Gestio S. 46—57 (1879). Zwar nicht Alles, was dort gesagt ist, doch die leitenden Gedanken halte ich noch heute für richtig.

den Bevollmächtigungsact regelte, den Parteien diesen Spielraum gewährte; dagegen ist es schier unglaublich, dass eine Einrichtung dieser Art fertig aus dem Kopf eines Gesetzgebers hervorgeht, der Nichts dergleichen im Rechtsleben seiner Zeit beobachten und daher keine Erfahrungen sammeln konnte. So wäre die Annahme eines fremdländischen Vorbilds kaum zu vermeiden, während eine allmäliche Entwickelung der Cognitur, die ihre Richtung von den Praetoren empfangen hätte, nicht notwendig auch unter Einflüssen von Aussen her stehen musste. Indess liegt uns ein Zeugniss vor, welches zwar nicht die Entlehnung aus dem Ausland erweist, wohl aber die Verwendung der Cognitur im römischen Fremdenprocess fast jedem Zweifel entrückt: Paul. (?) Vat. Fr. 319:

Etiam Graecis uerbis cognitorem dari posse inter omnes constat.[32]

Ist es auch ein Jurist der Severischen Zeit, vermutlich Paulus, von dem dieser Ausspruch herrührt, so wird doch Niemand behaupten wollen, *Graeca uerba* seien für statthaft erklärt, um römischen Bürgern, die in Rom mit einander stritten[33], Gelegenheit zu geben, sich im Gebrauche des Griechischen zu üben, was gewöhnlich angesichts des Stadtpraetors geschehen wäre. Vielmehr ist der „feststehende" Satz

---

[32]) Von meinen Kritikern (z. Neg. gestio S. 55) haben es zwei zuwege gebracht, aus Vat. 319 einen Beleg für den altcivilen Ursprung der Cognitur zu machen. Dazu gehört Scharfsinn, der mehr aufdringlich als eindringlich ist. Wenn übrigens Eisele Cogn. S. 15 sagt, Paulus „würde etwas absolut Selbstverständliches aussprechen, wenn die Cognitur aus dem griechischen Rechtsgebiet herübergenommen wäre," so hat er vom römischen *ius gentium* eine falsche Vorstellung; s. meine R. Processgesetze Bd. II. S. 90 z. N. 9.

[33]) Die römischen Juristen haben regelmässig Processe in Rom im Auge; s. R. Processges. Bd. II S. 224—226.

der Vat. 319 nur begreiflich, wenn die Cognitur keine blos bürgerrechtliche Einrichtung[34] war, sondern in gleicher Weise vorkam, wo ein Römer und ein Fremder oder wo zwei Fremde in Zwist gerieten. Besondere Belege für diese Auffassung sind kaum nötig. Es sei nur erinnert[35] an die Erbeinsetzung, das Legat und die Sponsio, für die insgesammt lateinische Worte verlangt wurden, da nur römische Bürger in diesen Formen handeln und bedacht werden konnten; andrerseits an die Stipulatio, Acceptilatio und das Fideicommiss[36], für die man *Graeca uerba* zuliess, weil sich ihre Wirksamkeit nicht auf Römer beschränkte. Verfehlt wäre es, gegen den behaupteten Zusammenhang einzuwenden, dass bei Geschäften des Fremdenrechts dem Gebrauch der griechischen Sprache auch unter Bürgern Nichts im Wege stand; denn schon Cicero (de off. III. 17, 69) sagt:

. . . *quod ciuile* (scil. *ius*) *non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem ciuile esse debet.*

Ist aber die Cognitorenbestellung *uerbis* nach dem Zeugniss der Vat. 319 dem *ius gentium* zuzurechnen, so kann das Ge-

---

[34]) Dies behauptet Eisele Cognitur S. 164 noch für die spätklassische Zeit. Die Quellen wissen Nichts davon.

[35]) Vgl. Gai. II. 117, 281, Ulp. XXI. 1, XXV. 9, dazu die Belege in meinen R. Processges. Bd. II. S. 150 N. 25, ferner Gai. III. 93, 179, Ulp. Dig. 46, 4, 8, 4.

[36]) Nach Gai. II. 285 ist die ursprüngliche „Capacität" der Peregrinen *postea*, jedenfalls vor Hadrian beseitigt. Nichtig war das Fideicommiss nicht, vgl. Arndts bei Glück Pand. Bd. XLVI S. 380—383. Der Erlass des Kaisers Pius bei Pausan. VIII c. 43 § 3 (690) ist vermutlich (Paus. sagt: . . διδόναι . . . τὸν κλῆρον) so zu deuten, dass den in der Peregrinität verbliebenen Kindern die erwähnte Capacität verliehen wurde; s. Huschke zu Gai. l. c., auch Theoph. Inst. II. 23, 1. Übrigens waren formlos Freigelassene und deren Nachkommen *capaces*: Gai. II. 275, Ulp. XXV. 7.

schäft seine Ordnung nur durch das Imperium der Magistrate empfangen haben, oder durch internationale Gewohnheit, die von den Praetoren zwar nicht ins Leben gerufen, doch anerkannt wäre. Ausgeschlossen ist jedenfalls die Ableitung des den Peregrinen zugänglichen Actes aus dem Legalrecht, da dieses grundsätzlich blos für Bürger Geltung hatte.[37] Daher bliebe höchstens die Annahme einer zwiefachen Regelung zulässig. Was ein Volksgesetz zunächst für den Bürgerstreit bestimmt hätte, wäre durch den Fremdenpraetor ohne wesentliche Änderung in das Internationalrecht übertragen. Doch lässt sich zu Gunsten dieser Hypothese aus den Quellen nicht das Geringste anführen. Andererseits ist, mit einer einzigen Ausnahme, Alles, was wir von der Cognitur wissen, sehr wahrscheinlich auf den Praetor zurückzuführen; für manche Sätze ist diese Herkunft völlig gewiss.[38] Um sofort die Ausnahme darzulegen, so musste allerdings die vom Cognitor vollzogene Streitbefestigung, die bald als praetorischer bald als legitimer Vertrag erschien, zweimal geordnet sein: einmal durch Edict oder ungeschriebenes Amtsrecht, sodann durch einen Civilrechtssatz, der vielleicht ausdrücklich legalisirt war. Gaius (IV. 98) stellt nämlich, ohne zu unterscheiden, die Regel hin:

de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet quam si ipse egerit.

Augenscheinlich bedeutet das den Ausschluss einer erfolgreichen zweiten Litiscontestatio durch den Principal selbst, gleichviel, ob *legitimo* oder *imperio continenti iudicio* agirt war.

---

[37]) Vgl. meine Processgesetze Bd. II § 23—30, besonders S. 141 bis 165.

[38]) So Cogliolo bei Padelletti Storia del dir. rom. p. 317, 318, und in seiner Storia del dir. privato rom. I p. 221, ferner M. Rümelin Geschichte d. Stellvertretung, S. 89—92.

Im letzteren Fall gewährte der Praetor nach seinem Ermessen[39] eine Exceptio *rei in iudicium deductae,* wenn der Herr die vom Cognitor verfolgte Sache zum Gegenstand eines neuen Streites machte. Hatte der Anwalt einen legitimen Process begründet, so wäre die Lage des Gegners ohne besondere Legalnorm genau dieselbe gewesen; der Herr hätte nach Civilrecht seine Actio nicht verloren, das Ermessen des Praetors hätte entschieden über Zulassung oder Verweigerung der Exceptio. Indessen ist damit der Satz, den Gaius überliefert, nicht wohl vereinbar. Die Litiscontestatio des in eigener Person *legitimo iudicio* Agirenden vernichtete nach Civilrecht seine Actio, bald *ipso iure* bald *ope exceptionis (ciuilis).*[40] Der Magistrat konnte hier die Einrede, wo sie überhaupt nötig war, ohne Gesetzverletzung nicht denegiren. Dasselbe muss nun, Gaius zufolge, Rechtens gewesen sein, wenn ein Cognitor den Streit nach Legalrecht contestirt hatte. Die Verordnungsgewalt der Praetoren vermochte natürlich diesen Zustand nicht herbeizuführen. Daher ist entweder eine eigene Gesetzesbestimmung anzunehmen, die wir in die Aebutische und Julische Gerichtsordnung einfügen würden, oder eine Interpretation des die Streitbefestigung regulirenden Capitels[41] jener Leges, wodurch die Juristen dem Agiren des Cognitors gleiche Wirkung zugeschrieben hätten, wie der Actio des Herrn selbst. Die Begründung dieser civilrechtlichen Norm *(quae legis uicem optinet)* könnte bei Gai. IV. 97 erhalten sein:

---

[39]) S. Wlassak Processgesetze Bd. II S. 227, 327, 355, 356, 362, 364.

[40]) Gai. IV. 118: *Exceptiones . . . quae omnes uel ex legibus uel ex his quae legis uicem optinent, substantiam capiunt;* dazu meine Processgesetze Bd. II S. 356, 364.

[41]) S. meine Processgesetze Bd. II S. 212, 213, 334, 368, Krit. Studien S. 19, 20.

cum enim certis et quasi sollemnibus uerbis in locum domini substituatur cognitor, merito domini loco habetur.

Von diesem éinen Punkt abgesehen ist anscheinend Alles, was die Cognitur betrifft, praetorische Ordnung, das Meiste sogar als edicirtes Recht im Album nachweisbar[42], während die Quellen Nichts bieten, was sich nur vermutungsweise auf eine Lex zurückführen liesse. Dies Letztere ist hier besonders zu betonen hinsichtlich der Normen, die sich auf die Bestellung der Cognitoren beziehen. So wird vor Allem der vielbesprochene[43] Satz im A. ad. Her. II c. 13, § 20:

ut maior annis LX et cui morbus causa est, cognitorem det

vom Rhetor (§ 19) aus dem *aequum et bonum* abgeleitet, aus einer Quelle, die der Verfasser neben das Volksgesetz *(lex)* und die mit gleicher Geltung begabte *consuetudo*[44] stellt. Am ehesten darf man wohl an eine Gepflogenheit im Gerichte der Praetoren denken,. derzufolge hochbejahrte und kranke Personen auf den Antrag des Gegners, *causa cognita,* zur Ernennung eines Vertreters angehalten wurden, wenn durch ihre körperlichen Gebrechen die Erledigung der Streitsache gefährdet schien. Noch wichtiger ist die feststehende Thatsache, dass das praetorische Album in drei Edicten von der Bestellung

---

[42]) S. Rudorff Ztschr. f. Rechtsgesch. Bd. IV S. 71—80 u. Edictum p. 47—49, Lenel Edictum S. 70—78.

[43]) Litteratur bei Keller-Wach Civilprocess § 54 N. 638, dazu Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. II S. 417 N. 47, der es übersieht, dass nach A. ad Her. l. c. die Herleitung des Satzes aus einem Gesetz ausgeschlossen ist, ferner Eisele in Ztschr. f. Rechtsgesch. Rom. Abt. Bd. XVIII S. 198 und gegen ihn M. Rümelin Gesch. d. Stellvertretung S. 85, 86, 91, 92. Mit Eisele Cogn. S 18, 19 verstehe ich die Worte *ut . . . cognitorem det* von einem Gebot, im Übrigen (S. 20—23) kann ich ihm nicht zustimmen.

[44]) *Consuetudine ius est id, quod sine lege aeque ac si legitimum sit, usitatum est* (II c. 13 § 19).

der Cognitoren handelte: *qui ne dent cognitorem — qui ne dentur cognitores — de cognitore abdicando uel mutando [?].* Unsere Kenntniss dieser Clauseln beruht vornehmlich auf den Vatikanischen Fragmenten (322, 323, 341), welche die Ausführungen der Juristen unverändert wiedergeben. Nun finden sich in dem ganzen Abschnitt (317—341), der überschrieben ist: *de cognitoribus et procuratoribus* nirgends[45] Anspielungen auf die Zweiteilung der Judicia in legitime und amtsrechtliche. Hätte der Praetor seine cognitorischen Edicte blos im Hinblick auf den Imperiumsprocess aufgestellt, so wären gewiss Spuren hievon in den klassischen Fragmenten erhalten. Das Stillschweigen der Quellen bestätigt also die von vornherein sehr glaubwürdige Annahme, dass es kein besonderes Recht für den Cognitor im gesetzlichen und im Imperiumsprocesse gegeben hat, oder wenigstens keine legalisirte Ordnung, sondern nur Amtsrecht, geschriebenes und ungeschriebenes, im Album des Bürger- und des Fremdenpraetors.[46]

Gar keinen Anhalt giebt die Überlieferung für die Beantwortung der Frage, ob auch die Ernennungsformeln auf der Gerichtstafel eines der beiden Jurisdictionsbeamten verzeichnet waren. Besser begnügen wir uns damit, blos deren Feststellung durch ein Volksgesetz in Abrede zu nehmen.[47] Übrigens dürfte man die Proponirung im Album keineswegs

---

[45]) Vgl. dagegen Paul. Vat. Fr. 47a—49.

[46]) Das Edictsbruchstück in Vat. Fr. 320 über die Unfähigkeit zur Bestellung eines Cognitors (s. Karlowa Ztschr. für Rechtsgesch. Bd. IX S. 220—229) setzt römische Bürger voraus. Auf solche Bestimmungen wird der Peregrinenpraetor nur verwiesen haben (s. Wlassak Processgesetze Bd. I S. 202—204, 261 N. 46, II S. 185, 186 N. 5); jedenfalls galten sie nicht für die Fremden, die *per cognitorem* agiren wollten.

[47]) Dazu führt auch Ulp. Vat. Fr. 318 (oben S. 63). Durch die Legalisirung wären *legis actiones* entstanden (mindestens im weiteren

für etwas Absonderliches ansehen. Sind doch die praetorischen Stipulationen auch nichts Anderes als Muster für Parteiensprüche. Selbstverständlich hätte das Album beider Praetoren in Rom nur lateinische Formeln enthalten. Paulus' Bemerkung über die Zulässigkeit der griechischen Sprache könnte gerade durch diesen Umstand veranlasst sein.[48]

Im Bisherigen ist Stoff genug vorgeführt, an den sich Vermutungen über den Entwicklungsgang der Cognitur anknüpfen lassen. Auszugehen ist von einem, wie ich glaube, unbestreitbaren Satz: von dem Ursprung der förmlich bestellten Anwaltschaft im Process mit Streiturkunden. In Rom ist dieses Verfahren zunächst als Judicium *imperio continens* eingeführt und zwar zuerst für den Streit zwischen Römern und Fremden[49]. Hier im Internationalprocess wird man vielleicht auch die Anfänge der Cognitur suchen dürfen[50]. Für die Handel treibenden Peregrinen, die in Rom nicht ihren Wohnsitz hatten, mochte sich frühzeitig das Bedürfniss einer Vertretung in Rechtshändeln herausstellen. Wurde ihnen gestattet, nach der Streitbefestigung die Führung der Sache einer Person zu ver-

---

Sinn; s. Jhering Geist II 2. Abt. § 47c S. 638-645 — 4. A., meine Processges. Bd. I S. 250 II S. 57). So hätte ihnen Ulpian nicht leicht *legis actiones* entgegenhalten können.

[48]) Eine Hinweisung auf spätere Übernahme der Cognitur aus dem Bürgerrecht ins Fremdenrecht vermag ich in Vat. 319 nicht zu finden. Jhering Geist II 2. Abt. § 47a N. 801 S. 593 (vgl. übrigens Scherz und Ernst S. 318) stellt das Fragm. neben Ulp. D. 46, 4, 8, 4. Doch äussert sich Letzterer über die Acceptilation wesentlich anders: . . . *hoc iure utimur, ut iuris gentium sit acceptilatio: et ideo puto et Graece posse acceptum fieri.* Dass nur die Rücksicht auf die Fremden den Gebrauch der *Graeca uerba* rechtfertigt *(ideo!)*, sagt Ulp. ausdrücklich.

[49]) Vgl. Jhering, Scherz u. Ernst S. 229.

[50]) Dies scheint auch Jhering in Scherz u. Ernst S. 318 andeuten zu wollen.

trauen, die am Gerichtsort ansässig war, so lag schon darin eine erhebliche Erleichterung.[51] Möglicher Weise ist auch die Zulassung des Cognitors zur Processgründung zuerst im Gericht des Peregrinenpraetors durchgesetzt. Freilich ist dies Alles unbezeugt. Wer da behauptet, die Cognitur sei von den Praetoren in den Schriftprocess unter Bürgern eher eingeführt als in das Streitverfahren des Fremdengerichts, den vermöcht ich nicht zu widerlegen. Mehr Wahrscheinlichkeit aber wird man der ersteren Annahme zuschreiben dürfen, und zwar aus folgenden Gründen. Vor Allem deswegen, weil das Legalrecht, welches nur für Römer galt, fast gar keinen Anteil hatte an der Regelung der Cognitur. Ist die ganze Einrichtung dem Schriftprocess eigentümlich, so liegt Nichts vor, was uns noch bestimmen könnte, den Gedanken an den Ursprung im Bürgerrecht zu bevorzugen. Wurde mit Streiturkunden längst agirt, bevor die Aebutia diesen *modus* unter Römern zum gesetzlichen machte, so ist nicht einzusehen, weshalb die Cognitur nicht ebenfalls älter sein sollte, als das genannte Reformgesetz. Dass aber der Peregrinenpraetor weit mehr Anlass hatte, den Eintritt eines Cognitors zu gestatten als der Gerichtsherr der Bürger, das bin ich allerdings zu behaupten gemeint. Procurator und Cognitor unterscheiden sich ja wesentlich dadurch, dass der erstere Cautionen stellen muss und als Beklagter der Execution unterliegt, während der letztere fast gar Nichts aufs Spiel setzt. Nun konnte gewiss der Römer viel eher darauf rechnen, im heimischen Gericht

[51]) Der Fremde konnte Rom verlassen. Die Behauptung (arg. Pseudo-Ascon. in Cic. divin. c. 4 § 11 — Orelli p. 104; vgl. neuerdings Bethman-Hollweg Civilprocess Bd. II S. 419), dass der Principal während des Processes anwesend sein musste, ist schon von Buchholtz Vatic. Fragm. p. 340—342, Zimmern Rechtsgeschichte Bd. III S. 470 als irrig erwiesen.

durch einen Procurator vertreten zu werden, als der Fremde, wenn nicht für diesen auch ein Gastverhältniss[52] zu einem Privaten begründet war. Demnach hatte der Praetor die Aufgabe, aus dem Procurator[53] *absentis*, der nur auf eigene Gefahr defendiren und agiren konnte, einen Vertreter zu machen, der von

[52]) Es sei mir gestattet, hier auf die schönen, nach meinem Dafürhalten in der Hauptsache überzeugenden Darlegungen von Jhering Deutsche Rundschau Bd. LI S. 357—397 (1887) hinzuweisen.

[53]) Die Ansicht (in meiner Neg. Gestio S. 46—57; vgl. aber oben S. 63 N. 31), dass die Processprocuratur (namentlich die defensorische) älter sei als die Cognitur, ist besonders von Lenel Ztschr. f. Rechtsgesch Rom. Abt. Bd. XVII S. 149, 150 bekämpft, hat aber in den letzten Jahren mehr und mehr Anhänger gewonnen: s. Eisele Cognitur S. 76—78 N. 48, S. 110 N. 73, M. Rümelin Gesch. der Stellvertretung S. 80, 89 bis 92, Hruza Lege agere p. tutela S. 52 N. 12, M. Voigt R. Rechtsgesch. Bd. I S. 296 N. 71, auch Czyhlarz in Grünhuts Ztschr. f. Privat- und öffentl. Recht Bd. VII S. 374. Eisele S. 78 N. 48 sagt: „die Cognitur, die Wlassak im Auge hat, ist wirklich jünger als die Procuratur.“ Neben diesem Zugeständniss in der Note macht die sehr kräftige Zurückweisung meiner Gründe auf S. 14—18 einen etwas seltsamen Eindruck, zumal da E. keine anderen hinzufügt als Vat. 322 und die — unrichtige; s. oben S. 33, 37, 58 — Behauptung, dass der Cognitor bei Cicero noch auf das Schwurgericht beschränkt sei. Dagegen haben allerdings Eiseles Untersuchungen eine bessere Einsicht in das Verhältniss zwischen Procuratur und Cognitur ermöglicht. Die erstere stellt den Rohstoff dar, aus dem die feinere Einrichtung hergestellt wurde. Im Recht der Procuratur sind aufs strengste alle Folgerungen aus der Thatsache gezogen, dass es nicht der Rechte ist, mit dem sich der Gegner einlassen soll. Der Cognitor ist notwendig bestellt (s. oben S. 47); so dringt hier der uns geläufige Gedanke des Handelns *per alium* (S. 22, 23, 43 N. 14) durch. [Was Voigt a. a. O. I S. 293 N. 55, S. 299 N. 83 über das Nebeneinander des cognitorischen Edictes, das die Infamen ausschliesst, und des Edictes mit den Postulationsverboten sagt, zeigt wieder, wohin es führt, wenn man dem Formularprocess den Streitbefestigungsakt aberkennt und demnach *agere* und *postulare* nicht auseinander halten kann; s. oben S. 18 N. 3].

den Wirkungen des Processes möglichst wenig berührt wurde, und der trotzdem für die andere Partei noch als annehmbarer Gegner erschien. Nach meinem Ermessen ist das Problem nicht auf einmal gelöst: dem Cognitor *ad agendum* geht der blosse Processführer voran[54]; das für den älteren Vertreter ausgebildete Recht ist dann, noch in der Zeit der Republik und jedenfalls vor Cicero, auf den förmlich bestellten Anwalt erstreckt, der für den Herrn auch den Streit befestigt.

Um darzuthun, wie gut sich die Gestaltung der klassischen Cognitur aus der Annahme eines Vertreters ableiten lässt, der vom selbstagirenden Herrn „*in litem* substituirt" war, vergleichen wir nun genauer den Procurator mit dem Cognitor. Zuerst fassen wir den Vertreter auf der Klägerseite ins Auge. Als Procurator musste er Cautio *de rato* leisten, weil der von ihm geschlossene Processvertrag jeder Einwirkung auf den Anspruch des Herrn entbehrte; dem gemäss erwarb auch der Procurator im Fall des Siegs den Judicatsanspruch für sich. Genau das Gegenteil gilt für den Cognitor *ad agendum*. Vorbildlich war hiefür die Behandlung des *ad litem exercendam* gegebenen Anwalts. Hatte der Principal selbst mit cognitorischer Formel den Streit begründet, so kam natürlich der Grundsatz: *ne bis de eadem re sit actio* zur Anwendung, wenn er, d. h. dieselbe Person der nämlichen Sache wegen ein zweites Mal agiren wollte. Der Judicatsanspruch entstand allerdings, dem Wortlaut der Formel und des Urteils entsprechend, zunächst für den Cognitor; doch liegt in der Übertragung der Actio auf den Principal lediglich eine Wiederher-

---

[54]) Für das S. 38 angenommene Altersverhältniss spricht auch die Zulässigkeit genereller Bestellung des Cognitors *ad agendum;* vgl. Jhering Geist Bd. IV § 53, der S. 165 N. 207 (4. A.) mit Recht bemerkt: „Dass der Cognitor ursprünglich unbestimmt und generell hätte ernannt werden können, halte ich für völlig unmöglich."

stellung der Grundregel, dass nur der Contrahent aus seinem Vertrag Rechte erwirbt. Was sodann den Procurator als Defensor anlangt, so musste er Cautio *iudicatum solui* leisten, *quia nemo alienae rei sine satisdatione defensor idoneus intellegitur* (Gai. IV. 101); die Verpflichtung aus dem Judicat traf ihn selbst, nicht den Principal. Auch hier ist für die Behandlung des *ad litem suscipiendam* gegebenen Cognitors das Vorbild der älteren Art massgebend gewesen. Wollte sich der Herr, der in eigener Person die Formel aus der Hand des Klägers empfing, von der weiteren Defensionspflicht frei machen und sie abwälzen auf einen Anderen, so musste Caution gestellt werden. Und von wem? Natürlich vom beklagten Principal, der ja in Jure anwesend war, der sich für die Dauer des Processes durch die Ernennung eines Processführers seiner Verteidigungspflicht entziehen wollte, der aber die Schuld, die etwa aus dem Urteil erwüchse, selbst zu tilgen gedachte. Demnach hatte auch die Sentenz, die „formell" auf den Namen des Anwalts lautete, in Wahrheit eine andere Richtung. Die Gewährung der Actio *iudicati* gegen den Principal war wieder, nach der Lage der Dinge, so gut wie selbstverständlich.

In allen hier erwähnten Punkten trat keine Änderung ein, als der Cognitor nach dem Muster des Procurators zum Vollzug der Streitbefestigung zugelassen wurde. Dagegen erscheint die jüngere Bestellungsformel allerdings in etwas anderem Licht als die ältere. In der letzteren haben wir einen Spruch gefunden, der den feierlichen Abschluss des Processvertrags begleitet und vervollständigt (S. 27). Das Erforderniss der *certa uerba* passte vortrefflich zu dem Charakter des ganzen Actes und erklärt sich hauptsächlich aus der Zugehörigkeit zu dem formellen Hauptgeschäft. Bezüglich der jüngeren Sprüche dürfte diese Begründung offenbar nicht wiederholt werden. Allerdings wurden die Worte: *quod*

agere uolo, quia agere uis der Regel nach (S. 21) ebenfalls von Parteien verwendet, die vor dem Praetor standen. Auch kann es gar nicht befremden, dass solche Sprüche einstens in Rom im Gebrauch waren, zumal wenn sie ziemlich alt sein sollten. Nur das möchte erklärt sein, weshalb noch die Hadrianische Zeit an den *certa uerba* festhielt, deren Bestand durch kein Volksgesetz gesichert war?

Weder die Macht der Gewohnheit noch die Freude an der Äusserlichkeit kann die Sprüche vor dem Untergang bewahrt haben. Entscheidend waren ohne Zweifel die praktischen Vorteile, die jede gut gewählte Form mit sich bringt.[55] Durch das Erforderniss der Ernennung im Angesicht des Gegners und mit hergebrachten Worten sollte Dasein und Inhalt der Vollmacht möglichst gesichert werden. Gaius (IV. 97, 98) bezeugt es ausdrücklich, dass durch die förmliche Bestellung die bevorzugte Behandlung des Cognitors im Vergleich zum Procurator gerechtfertigt sei. So wenig dieser Gedanke geeignet war, die Gestaltung der älteren Cognitur zu beeinflussen, so nahe liegt es, ihn für massgebend zu erachten schon bei der ersten Zulassung des in förmlicher Weise *ad agendum* gegebenen Anwalts. In Geltung ist der alte Gedanke geblieben die klassische Epoche hindurch und noch darüber hinaus. Etwas modernisirt hat er sogar im Gebiete der Procuratur seine Triebkraft von Neuem entfaltet, wie die Abzweigung des *procurator praesentis* und *apud acta factus* beweist. Diese Neubildungen aber setzt man[56] allgemein und mit Recht erst in die Zeit der letzten grossen Juristen.

---

[55]) Vgl. Jhering Geist II 2. Abt. §§ 45, 45a.

[56]) S. Keller-Wach Civilprocess § 52 N. 618—620 (S. 268), Bethmann-Hollweg Civilprocess Bd. II S. 423.

